

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
30

Sayı
Number
2

Yıl
Year
2022

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law
Dekan | Dean

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
sustun@selcuk.edu.tr

Baş Editör | Editor-in-Chief

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
sustun@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editör | Editor

Dr. Öğr. Üy. Tamer BOZKURT
tamer.bozkurt@selcuk.edu.tr

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Dr. Öğr. Üy. Kemal ERDOĞAN
erdogan-kemal@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Dr. Cansu Büşra ÖLMEZ
cansubkartal@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Övünç GÜVEL
ovunc_guvel@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Samed ATASOY
samedatasoy1109@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üy. Hüseyin TOKAT
huseyintokat7861@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK
af_kaynak@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia MACİT
rabiamacit26@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU
muhammedfurkansoylu@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi

Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad

The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim

Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina

Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann

School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao

National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai

National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan

Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko

Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska

Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Berrin Akbulut

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk Faculty of Law, Yeditepe University İstanbul, Turkey	Prof. Dr. Mustafa Akkaya Faculty of Law, East. Mediterranean University Famagusta, North Cyprus
Prof. Dr. Mustafa Aksu Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey	Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay Faculty of Law, Antalya Bilim University Antalya, Turkey
Prof. Dr. Şahin Akıncı Faculty of Law, İstanbul Comm. University İstanbul, Turkey	Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey
Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey	Prof. Dr. Mehmet Altunkaya Faculty of Law, Akdeniz University Antalya, Turkey
Prof. Dr. Ömer Anayurt Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey	Prof. Dr. Zekeriyya Arı Faculty of Law, Bursa Uludağ University Bursa, Turkey
Prof. Dr. Ramazan Arslan Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey	Prof. Dr. Murat Atalı Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Yavuz Atar Faculty of Law, İbn Haldun University İstanbul, Turkey	Prof. Dr. Leyla Ateş Faculty of Law, Altınbaş University İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Mustafa Avcı Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara Ankara, Turkey	Prof. Dr. Murat Aydoğdu Faculty of Law, Dokuz Eylül University İzmir, Turkey
Prof. Dr. Rıza Ayhan Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey	Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University Tekirdağ, Turkey
Prof. Dr. Faruk Bilir Personal Data Protection Authority Ankara, Turkey	Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Halil Cin Faculty of Law, Ufuk University Ankara, Turkey	Prof. Dr. Hayrettin Çağlar Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey
Prof. Dr. Serkan Çınarlı Faculty of Law, İzmir Bakırçay University İzmir, Turkey	Prof. Dr. Abdullah Dinçkol Faculty of Law, Doğuş University İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Vahit Doğan Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey	Prof. Dr. Ayhan Döner Faculty of Law, Erzincan B.Y. University Erzincan, Turkey
Prof. Dr. Fikret Eren Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey	Prof. Dr. Ali Erten Faculty of Law, Bilkent University Ankara Turkey

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Ulsan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunalli
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Haziran 2022

Publication Date: June 2022

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBİAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 aslı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, "DergiPark" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DergiPark" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20'ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DergiPark". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DergiPark" system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünüme alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

ÖNSÖZ

Değerli okuyucularımız;

Hukuk, insanların bir arada yaşamasını sağlayan, toplumları ayakta tutan devletin temelini teşkil eden en önemli unsurdur.

Hukuk, sadece güçsüzlerin, kimsesizlerin temel sığınağı değil; güçlü-güçsüz, zengin-fakir ayırt etmeksizin tüm toplumun birlikte yaşamasının ve gelişip ileriye gitmesinin teminatıdır.

Hukukçu sahip olduğu hukuk bilgisiyle hareket ederek, kendisini adaleti gerçekleştirmeye adanmış kimsedir.

Hukukçu hakka, doğruya, adalete hizmet eder.

Hukukçu, kimsenin tesirinde kalmadan kuvvetli bilgisiyle, kendi vicdanının sesini dinleyerek karar verecektir. Doğruyu aramak için bütün mesaisini ortaya koyacak, hiçbir ayrıma tabi kalmaksızın bütün tarafları adalet terazisinin gölgesinde dinleyecek, yanlışları eleyecek ve hakikate erişecektir.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak öğrencilerimize hukukla ilgili en üstün değer yargılarını vermeye, onların hiçbir şeyden korkup çekinmeden adaleti her şart altında tesis etmeleri gerektiğini öğretmeye çalıştık, çalışıyoruz.

2019 yılından beri sürdürmekte olduğum dekanlık görevimi ve 2006 yılından beri yürütmekte olduğum Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi editörlüğümü bu sayıyla Mayıs 2022 sonu itibariyle tamamlıyorum. Bu vesileyle fakültemiz ve dergimiz hakkında bilgiler vermek istiyorum.

Mezunu olmakla gurur duyduğum Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültemiz, ülkemizin en köklü ve kadim hukuk fakülteleri arasında yer almaktadır.

Anadolu Selçuklu devletimizin ilk büyük başkenti olması dolayısıyla büyük bir öneme sahip olan Konya'mız, aynı zamanda çok önemli bir hukuk şehridir. Nitekim Fakültemizin tarihi kökenini Konya Hukuk Mektebine kadar dayandırmak mümkündür. 1908 yılında kurulan Konya Hukuk Mektebi o dönemki İstanbul, Selânik ve Beyrut ile birlikte kurulan dört hukuk mektebi arasında yer almaktaydı. Cumhuriyet döneminde de İstanbul, Ankara, Ege (Dokuz Eylül) Hukuk Fakültelerinin ardından 20.07.1982 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 41 sayılı KHK

ile Dicle ve Marmara Hukuk Fakülteleri ile birlikte kurulan Fakültemiz, kuruluş itibariyle yine ilk dört sıra içinde yer almaktadır.

İlerleyebilmemiz, muasır medeniyetler seviyesinin de üstüne çıkabilmemiz, ancak bilimsel çalışmalarımızın sayısının yanı sıra kalitesini artırmakla mümkün olabilecektir. Bu yüzden görev sürem boyunca bu hedefi gerçekleştirmek için çalıştım.

Bu itibarla, fakültemize bağlı Adalet Meslek Yüksek Okulumuzun müdürlüğünü yürüttüğüm dönemde, Okulumuz bünyesinde ilk defa bilimsel dergi çıkardık. 2022 yılı itibariyle 5. cildini çıkaracak olan Adalet MYO dergimiz de artık TR DİZİN endeksine girmek üzeredir.

Fakültemiz amfilerine meşhur hukukçuların isimlerini verdik. (<https://webadmin.selcuk.edu.tr/BirimDosyalar/Dosyalar/hukuk/amfiisim.pdf>). Öğrencilerimizin Selçuk Hukuklu olmalarının gururunu her daim taşımalarını sağlayacak adımlar atmaya gayret ettik.

Öğrencilerimizin donanımlı birer hukukçu olarak yetişmelerine çalıştık. Adaletin mülkün temeli olduğunu, hukukun olduğu yerde torpilin olmayacağını, herkese her şart altında eşit muamele yapıp adaletten sapmamaları gerektiğini anlatmaya gayret ettik. Her zaman için öğrencilerimizin bize emanet olduğu ve onları geleceğe en iyi şekilde hazırlamamız gerektiği bilinciyle hareket ettik. Bu itibarla fakültemizde sürekli etkinlikler gerçekleştirmeye çalıştık. (<https://www.selcuk.edu.tr/hukuk/Ayrinti/6502-etkinlik>). Öğrenci topluluklarımızı koordineli bir şekilde çalışmalarını için teşvik ettik.

Fakültemizdeki tüm bilimsel etkinliklerimizi yayımlamak için 2 Kasım 2020 tarihinde youtube hesabı açtık. Bu hesabın, hukuk fakülteleleri arasındaki en kapsamlı içeriğin bulunduğu youtube hesabı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Bugün itibariyle toplamda 60000'i aşkın görüntülenme sayısına sahiptir. Düzenlemiş olduğumuz kongre ve sempozyumlar da bu hesabımızdan canlı yayınlanmıştır. (<https://www.youtube.com/c/selcukuniversitesihukukfakultesi>).

2020 yılında Selçuk Hukuk Kongremizi ilk defa düzenledik. Fakültemiz bünyesinde düzenlenen ilk kongreydi. Gelen yoğun başvurular dolayısıyla birçok tebliği geri çevirmek zorunda kalmıştık. (<https://www.selcuk.edu.tr/hukuk/Ayrinti/kongre-yayinlarimiz-12369>).

Daha sonra Genç Hukukçular Sempozyumunu düzenledik. Fakültemiz çatısı altında, ülkemizdeki tüm genç hukukçuların çalışmalarını sunabilecekleri, onları teşvik eden bir sempozyum düzenlemeyi hedef-

ledik. (<https://www.selcuk.edu.tr/hukuk/Ayrinti/genc-hukukcular-sempozyumu-15389>).

Yine, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Açılışının 100. Yılı Anısına Armağan” kitabını çıkardık. “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir” ilkesinden hareketle Fakültemiz adına Meclisimize bir armağan kitap sunmayı hedefledik.

(<https://webadmin.selcuk.edu.tr/BirimDosyalar/Dosyalar/hukuk/100.%20Y%C4%B1%C4%B1%20An%C4%B1s%C4%B1na%20Arma%C4%9Fan.pdf>). Çok uzun yıllardan sonra fakültemizde, derginin özel bir sayısı içinde yer almayan bağımsız bir armağan kitap çıkarmanın heyecanını hep birlikte yaşadık. (<https://www.selcuk.edu.tr/hukuk/Ayrinti/armaganlarimiz-12554>).

İlkini yapmak nispeten kolaydır ancak ikincisini yapıp sürekli hale getirmek daha zordur bilinciyle Selçuk Hukuk Kongremizin ikincisini düzenledik ve kongremizi “geleneksel hale getirerek” gelecek yıllarda da yapılmasını sağlamaya çalıştık. İçinde bulunduğumuz salgın sürecini de dikkate alarak, kongremizin açılışını ve ilk oturumunu yüz yüze yaptık. Bu sayede hem öğrencilerimiz canlı olarak bir kongreye katılmış hem de fakültemizde canlı bir kongre düzenlemenin heyecanını hepimiz daha yakından yaşamış olduk. (<https://www.youtube.com/watch?v=GGvBmLdGMj8&t=311s>). Kongre kitabımız da yine fakültemiz internet sitesinde yer alacaktır.

Fakültemizin bilimsel faaliyetler alanındaki amiral gemisini ise Fakülte Dergimiz oluşturmaktadır. Yayın hayatına 1988 yılında başlayan dergimizin, bu sene 30. cildini çıkarıyor olmanın haklı gururunu yaşamaktayız. Yayın hayatına başlamasının ardından her sene düzenli olarak çıkarılan cilt sayısı itibariyle dergimiz, hukuk fakülteleri dergileri arasında üçüncü sırada yer almaktadır. Dekanlık dönemimde öncelikle fakülte dergimizi daha da ileriye götürmek için adımlar attık. İlk olarak tüm akademik kadromuzun görüşünü almak suretiyle dergimize yeni bir logo ve kapak tasarımı yaptık. (<https://www.selcuk.edu.tr/hukuk/Ayrinti/7763-dergimiz-hakkinda>)

Daha önce senede iki sayı çıkan dergimizi önce senede üç sayıya, 2021 yılından itibaren ise dört sayıya çıkardık. (<https://www.selcuk.edu.tr/hukuk/Ayrinti/fakulte-dergimiz-12220>).

Dergimiz artık senede dört sayı olarak çıkmakta olup alanındaki önemli ve kaliteli makalelere ev sahipliği yapmaktadır. DergiPark üzerinden online olarak işleyen makale süreci tamamlanınca ilgili makale yine sis-

tem üzerinden doi numarası ile birlikte ön yayıma alınmaya başlandı. Bu sayede hakem süreci tamamlandığında ilgili makale ilk etapta internet üzerinden yayımlanmış olmaktadır. Bu şekilde düzenli işleyen sistem sayesinde dergimizdeki yayım aşamaları da çok daha hızlı bir şekilde tamamlanmaktadır. Dergimizde şimdiye kadar yayımlanmış bütün makaleler tam metin olarak internet ortamında yer almaktadır. (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/archive>).

Fakültemizin ve dergimizin bugünkü seviyelerine gelmesi için büyük çalışmalarda bulunan fakültemiz kurucu dekanı Prof. Dr. Burhan GÜRDOĞAN'ı ve dergimizin ilk sayısını çıkaran dekan Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'ı rahmet ve minnetle anıyorum. Dergimizin kuruluşundan itibaren emeği geçen tüm editör ve editör yardımcılara da teşekkür ederim.

Dergimize destek veren tüm yazarların yanı sıra dergimizi yayına hazırlayan editör ve editör yardımcılarımıza da en içten teşekkürlerimi sunarım. Onların özverili çalışmaları sayesinde, dergimiz bugünkü konumuna ulaşmıştır.

Hukuka gönül veren, her daim hukuku üstün tutan ve hiçbir şartta adaletten ayrılmayan herkese en içten selam ve saygılarımızı sunarım.

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Dekan

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

ResearchArticles

TTK'NİN 420'NCİ MADDESİ UYARINCA, GENEL KURUL TOPLANTISINDA AZLIĞIN FİNANSAL TABLOLARIN GÖRÜŞÜLMESİNİ ERTELETMESİ HAKKININ GEREKLİLİĞİ SORUNU 511-541

The Problem on the Necessity of the Minority Right to Delay the Discussion of the Financial Statements During the General Assembly Meeting in Accordance with the Article 420 of TCC
Hasan KARSLIOĞLU

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'DE KAT MÜLKİYETİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN HUKUKİ TAHLİLİ 543-570

Legal Evaluation of Condominium Law Article in Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye
Süleyman Emre ZORLU

BÖLGE İDARE MAHKEMESİNİN DOSYAYI İLGİLİ MAHKEMEYE GÖNDERMESİ MESELESİ 571-603

To Send the File to The Relevant Court
Serkan ÇINARLI
Kerim AZAK

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI 605-636

The Validity Conditions of The Disinheritance In Light Of The Turkish Supreme Court Decisions
Dilşah Büşra KARTAL

ÖRGÜTLÜ SUÇLAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN AYRIKSI DÜZENLEMELERİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ 637-677

Evaluation Of Exceptional Regulations Regarding the Execution Region System for Organized Crimes in the Light of

Constitutional Court Decisions

Arif Emre SÜMER

**ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN YAPILMASINDA
ŞEKLE DAİR KISA BİR DEĞERLENDİRME** 679-726

A Short Assessment of Form in Concluding International
Treaties

Anıl ÇAMYAMAÇ

**KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ve LEKELENMEME
HAKKI AÇISINDAN VERGİ MAHREMİYETİ** 727-753

Tax Privacy in Terms of Protection of Personal Data and the
Right to Not to Be Labelled As Criminal

Elif YILMAZ FURTUNA

Sibel BİLGİN

**TÜRK HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFLERİ
IŞIĞINDA TELE-TIP** 755-785

Tele-Medicine in The Light of Turkish Law and European
Union Directives

Pelin ÇAVDAR

**TARIM ARAZİLERİNDE SINIRDAŞ PARSELİN ÖNALIM
HAKKININ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASININ
SONUÇLARI** 787-822

Results Related to Revocation of The Preemption Right of
Neighboring Owner in Agricultural Lands

Melek BİLGİN YÜCE

**ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA
KURULAN GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE
ARALARINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER** 823-857

The Parties in Temporary Agency Work and Legal Relations
Among Them

Ayşenur Zeynep ÖZMEN

TEHLİKE SUÇU VE ZARAR SUÇU ARASINDAKİ SUÇLARIN İÇTİMAİ KONUSUNUN UZLAŞTIRMA KURUMU BAKIMINDAN SONUÇLARI 859-902

The Consequences of the Aggregation of Offences in Terms of Endangerment Offences and Damage Offences with Regard to the Reconciliation

Osman Gazi ÜNAL

PREVLAKA YARIMADASI UYUŞMAZLIĞI ve DENİZ ALANLARI SINIRLANDIRMASINA YANSIMALARI 903-941

The Prevlaka Peninsula Dispute and Its Reflections on the Delimitation of Maritime Areas

Uğur BAYILLIOĞLU

Araştırma Makaleleri
Research Articles

TTK'NIN 420'NCİ MADDESİ UYARINCA, GENEL KURUL TOPLANTISINDA AZLIĞIN FİNANSAL TABLOLARIN GÖRÜŞÜLMESİNİ ERTELETMESİ HAKKININ GEREKLİLİĞİ SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Hasan KARSLIOĞLU*

Öz

Anonim şirketlerde, genel kurul öncesinde pay sahiplerinin, pay sahipliğinden doğan haklarını etkin bir şekilde kullanabilmeleri için şirket mali kayıtları başta olmak üzere şirketin esaslı diğer genel işleri hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Bu bağlamda azlık pay sahiplerine, azlığın şirket işleri ile ilgili bilgi sahibi olmasını ve buna göre diğer pay sahipliği veya azlık haklarını daha bilinçli şekilde kullanmasını amaçlayan finansal tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesini erteleme hakkı tanınmıştır. Ancak çağdaş pay sahipliği hakları karşısında söz konusu hakkın işlevinin tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada hakkın, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen diğer azlık hakları karşısındaki işlevi incelenmiş olup, şirketler hukukuna hâkim olan bazı temel ilkeler göz önüne alındığında bu hakkın varlığının gereği tartışma konusu yapılmıştır. Ayrıca, azlığa tanınan bu hakkın, hakkın kötüye kullanılması halleri de dâhil olmak üzere hukuk sistemimizdeki gerekliliği irdelenmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Teknik Üniversitesi, İşletme Fakültesi, İşletme Mühendisliği Bölümü, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Istanbul Technical University, Faculty of Management, Department of Management Engineering, Istanbul, Turkey.

✉ hasankarslioglu@itu.edu.tr • ORCID 0000-0002-3872-9986

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARSLIOĞLU Hasan, "TTK'nın 420'nci Maddesi Uyarınca, Genel Kurul Toplantısında Azlığın Finansal Tabloların Görüşülmesini Ertelemesi Hakkının Gerekliliği Sorunu", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 511-541.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket • Azlık • Genel Kurul • Finansal Tablo • Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı • Denetim

THE PROBLEM ON THE NECESSITY OF THE MINORITY RIGHT TO DELAY THE DISCUSSION OF THE FINANCIAL STATEMENTS DURING THE GENERAL ASSEMBLY MEETING IN ACCORDANCE WITH THE ARTICLE 420 OF TCC

Abstract

In joint stock companies, before the general assembly, the shareholders should be informed about the company's financial records and other basic general affairs of the company in order to effectively use their rights arising from share ownership. In this context, minority shareholders have been granted the right to postpone the discussion of financial statements and related issues, which aim to inform the minority about the company's business and accordingly use other shareholding or minority rights more consciously. However, the function of the said right in the face of contemporary shareholding rights needs to be reconsidered. In this study, the function of the right in question against other minority rights regulated in the Turkish Commercial Code No. 6102 has been examined considering some basic principles that exist in the company law, as well as the necessity of granting this right. In addition, the necessity of this right, in our legal system, including the abuse of the right, has been examined.

Key Words

Joint Stock Company • Minority • General Assembly • Financial Statement • Right to Obtain and Review Information • Audit

GİRİŞ

Anonim Şirket'in yapısal özellikleri nedeniyle bazı pay sahipleri, şirket hakkında yeterince bilgi sahibi olmaktan ve yönetime katılmaktan mahrum kalabilmekte, özellikle azlık pay sahipleri, çoğunluk pay sahipleri karşısında, bu bakımdan genellikle dezavantajlı duruma düşmektedir. Bunu önlemek amacıyla kanun koyucu, pay sahiplerini koruyucu düzenlemeler yaparak azlık ve çoğunluk pay sahipleri arasında bir denge kurmayı amaçlamıştır¹. Keza, *Hirş* bu hususta "Azlık haklarının bahş-

¹ TTK ile hukukumuzda azlık hakları ve pay sahiplerini koruyucu haklar geniş olarak düzenlenmiştir. Bu haklara örnek olarak özel denetçi tayini (TTK 438), birleşme bölünme tür değiştirme gibi önemli kararlarda olumsuz oy kullana (TTK 141-191), genel kurulda organ temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci tayini (TTK

dilmesinin sebebi, ekseriyet prensibinin hudutsuz bir surette tatbiki yüzünden azlığın haklarından mahrum edilmesi tehlikesini azaltmak kaygısıdır" demektedir². Bu kapsamdaki düzenlemelerden biri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³'nun (TTK) 420. Maddesinde yer verilen, olağan genel kurulda finansal tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesinin bir ay süreyle ertelenmesine olanak tanıyan azlık hakkıdır. Bununla birlikte, uygulamada bu hakkın şirketlerdeki işleyişe zarar verecek şekilde kötüye kullanıldığı durumlar görülebilmektedir. Bu nedenle azlık haklarının işlevi ve sağladığı faydaların günümüzde TTK'nın pay sahiplerinin korunmasına hizmet eden diğer düzenlemeleri karşısındaki durumunun, hakkın kötüye kullanılması ihtimalleri de göz önünde bulundurularak irdelenmesinde fayda görülmektedir.

I. 6102 SAYILI TTK'NIN 420. MADDESİYLE DÜZENLENEN HAK

A. Hakkın Kaynağı ve Tarihçesi

Finansal tabloların ve buna bağlı konuların⁴ genel kurulda görüşülmesinin azlık talebiyle ertelenmesi hakkı, *Tekinalp*'in de belirttiği gibi hukukumuza 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklık Kanunu'nun⁵ (Alman

428), bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK 437), genel kurul kararlarının iptalini ve butlanını dava etme hakkı (TTK 445) vb. haklar gösterilebilir.

² HIRSCH Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1948, s. 284.

³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (14.02.2011 Tarih ve 27846 Sayılı Resmi Gazete).

⁴ Buna bağlı konular doktrinde ve yargı kararlarında kar-zarar hesabı, kar dağıtım önerisi, yönetim kurulu faaliyet raporu, yönetim kurulunun ibrası gibi konular olarak sayılmıştır. Yönetim kurulunun seçilmesi, yönetim kuruluna TTK 394 ve 395 hükümlerindeki yetkilerin verilmesi hususlarının finansal tablo görüşmeleriyle bağlı sayılıp sayılmayacağı gerek doktrin gerekse yargı kararlarında tartışılmıştır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz: AKİPEK Seda, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2014, C. 1, Sa. Özel Sayı-Rona Aybay'a Armağan, s. 300-310. Yargıtay'ın yerleşik kararlarında yönetim kurulunun ibrası finansal tabloların müzakeresi ile ilgili sayılmıştır. Bu yönde bkz: Yargıtay 11. HD. 09.03.1992, E. 6300, K. 3338 (ERİŞ Gönen, Gerekçeli Adliye Komisyonu Raporlu Madde Açıklamalı En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C I, Ankara 1987, s. 1087)

⁵ (RGI Nr. 15 vom 04.02.1937) Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 30.01.1937; Her ne kadar Kanun'un Alman Resmi Gazetesindeki adı belirtildiği şekilde ise de uygulamada Paylı Ortaklık Kanunu olarak anılmaktadır. Bkz: TEKİNALP Ünal, "Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi", İÜHFİM, C. XLII, S.1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan Özel Sayı, İstanbul 1977, s. 233-234.

POK)125. maddesinin 7. fıkrasından gelmiştir⁶. Ancak hakkın asıl kaynağı1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun⁷ (Alman TK) 264. maddesinde yer alan düzenlemedir düzenlemedir⁸ İlgili hüküm 865 sayılı Ticaret Kanunu'ndan⁹(TK) bu yana hukuk sistemimizde bulunmakta olup 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda¹⁰ (eTTK) günümüz Türkçesine göre sadeleştirilmiş ve birkaç küçük değişiklikle aynen korunmuştur. Uygulamadaki ihtiyaçlar ve haklar dengesi gözetilerek, aynı şekilde TTK ile ilgili hükme eklemeler yapılmış olup hüküm, doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay içtihatları doğrultusunda geliştirilerek genel ilke olarak korunmuştur¹¹. Buna göre, eski kanunda (eTTK) hakkın kapsamı bilanço görüşmelerinin ertelenmesi ile sınırlıyken, yeni düzenlemeyle (TTK) finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların ertelenmesinden bahsedilerek hakkın kapsamı genişletilmiştir. Buna ek olarak, bir kere ertelenen görüşmelerin tekrar ertelenmesi için aranan gerekli izahatın verilmemiş olması şartı da nitelikli hale getirilerek ikinci kez erteleme hakkını kullanmak, dürüst ve hesap verme ölçüsü¹² ilkeleri uyarınca, sorulara şirket tarafından cevap verilmemiş olması koşuluna bağlanmıştır. TTK'da düzenlenen hükmün gerekçesinde de eTTK dönemindeki düzenlemenin birkaç değişiklikle aynen korunduğu ifade edilmiştir¹³.

B. Hakkın Kullanılışı ve İşlevi

Doktrinde ve yargı kararlarında TTK'nın 420. maddesiyle düzenlenen hakkın esas amacının, azlığın şirketin finansal tablolarını inceleye-

⁶ TEKİNALP, Müzakerenin Ertelenmesi İstemi, s. 233,234.

⁷ (RGeB S. 219 vom 10.05.1897) Allgemeines Handelsgesetzbuch

⁸ TEKİNALP, Müzakerenin Ertelenmesi İstemi, s. 234

⁹ 865 sayılı Ticaret Kanunu (28.06.1926 Tarih ve 406 Sayılı Resmi Gazete)

¹⁰ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (09.07.1956 Tarih ve 9353 Sayılı Resmi Gazete).

¹¹ YETKİN Ece Selin, "TTK m. 420 Uyarınca Genel Kurul Toplantısının Ertelenmesi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 3653-3673.

¹² İlgili düzenlemede yer alan "ölçüsü" kelimesinin eleştirisi için bkz; BOZBEL Savaş, Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteletmesi, s. 5. (https://www.academia.edu/36543153/Azınlığın_Bilanço_Görüşmelerini_Erteletmesi_i_TTK_m._420_) Erişim Tarihi 20.01.2022; KENDİGELEN Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 271.

¹³ Gerekçe, TTK 420; "Birinci fıkra: Hüküm 6762 sayılı Kanununun 377'nci maddesindeki ilkeleri aynen korumaktadır. Azlık halka açık olan ve olmayan anonim şirketler yönünden farklı tanımlanmıştır. İkinci fıkra: 6762 sayılı Kanununun 377'nci maddesinin ikinci cümlesi hükmü bir açıklayıcı ek ile aynen tekrar edilmiştir. Bu ek yeni bir ertelemenin yapılmasının şartını açıklığa kavuşturmuştur".

bilmesi, şirket muhasebesi hakkında bilgi alarak oy hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi olduğu belirtilmiş; ayrıca bu hak aracılığıyla yasal düzenlemeler doğrultusunda bilançonun dürüst resim ve düzenli muhasebe ilkelerine uygun bir şekilde çıkarılmasının sağlanması olduğu ortaya konulmuştur¹⁴. Bahse konu müessesenin kaynağını gösteren 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklık Kanunu'nun¹⁵ (AktG) hükümet tasarısının 164. maddesinin hükümet gerekçesinde ilgili hükmün amacı da aynı şekilde ortaya konulmuştur¹⁶. Ne var ki, Alman POK 164. maddenin gerekçesinde ilgili hükmün amacı açıklandıktan hemen sonra, 1937 yılında tüm pay sahiplerine tanınan bilgi alma hakkı (*Auskunfstrecht*) ve 1931 yılında düzenlenen uzmanlarca denetleme hakkı (*Abschlussprüfungsrecht*) gibi haklar karşısında bilanço görüşmelerinin ertelenmesine ilişkin hakkın bir işlevi kalmadığı belirtilmiştir. Böylece 1965 tarihli Alman POK ile azlığın mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkına yer verilmeyerek bu azlık hakkı yürürlükten kaldırılmıştır.

Türk doktrininde de bazı yazarlar tarafından finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesinin herhangi bir amaca hizmet etmediği, bu hakkın pay sahibini koruyucu diğer haklar yanında işlevsizleştiği ve yalnızca şirket işleyişini bozmaya çalışan kötü niyetli pay sahipleri tarafından kullanıldığı yönünde eleştiriler yapılmıştır¹⁷. Söz konusu bu eleştirilerin en önemli dayanak noktaları TTK'nın pay sahipleri lehine tanıdığı çağdaş, koruyucu haklardır. Aynı yazarlara göre TTK, -aynı Alman POK'da olduğu gibi- yeterli bir koruma sistemini sağladığı için, artık

¹⁴ TEKİNALP, Müzakerenin Ertelenmesi İstemi, s. 235; ÇAKIRBAY Ahmet Sefa, Finansal Tabloların Müzakeresinin Ertelenmesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 18, 2019, s. 419-420; ZORLUER Onur, Anonim Şirketlerde Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılmasına Karşı Çoğunluğun Korunması, Ankara 2021, s. 93; Yargıtay da bir kararında finansal tabloların müzakeresinin geriye bırakılması hakkının amacını şu şekilde ifade etmiştir: "Ertelemenin yasal amacı, itiraz olunan bilanço ve kar zarar cetvelinin incelenmesine olanak tanımasıdır". Yargıtay 11. HD, T. 06.05.1982, E. 1548, K. 2135. (GÖNEN Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler, C. II, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 2188)

¹⁵ (BGBl Nr. 48 von 11.09.1965) Aktien Gesetz, 06.09.1965

¹⁶ <https://www.bundestag.de/drucksachen>, Wahlperiode 4/171 Entwürfe a) eines Aktiengesetzes, b) eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, 03.02.1962.

¹⁷ BOZBEL Savaş, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteletmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, 2013, s. 349; AKİPEK, s. 288-289; DOMANIÇ Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II., İstanbul 1993, s. 859.

azlığa finansal tabloların görüşülmesini erteleme hakkı tanınmasında herhangi bir fayda bulunmamaktadır¹⁸.

Aksi görüşteki yazarlara göre ise söz konusu hak hala işlevini yerine getirmeye devam etmektedir¹⁹. Bu yazarlar mali tabloların görüşülmesinin azlık talebiyle ertelenmesi hakkının, pay sahiplerini koruyucu işlev gördüğünü çeşitli gerekçelere dayandırmışlardır. Bu görüşteki kimi yazarlara göre finansal tabloların görüşülmesi doğrudan yönetim kurulunun ibrası ve yeni veya yeniden yönetim kurulu seçilmesi²⁰ hususlarıyla da alakalı olduğundan, oy hakkının doğru bir şekilde kullanılabilmesi için finansal tabloların tam ve gerektiği gibi incelenmesi şarttır. Bu nedenle, söz konusu bu yazarlara göre, erteleme hakkının azlığa tanınması gerekli ve yerindedir²¹. Mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkının azlığa tanınmasının yerinde olduğunu savunan bir kısım başka yazarlar²² ise bağımsız denetimin tüm şirketler açısından zorunlu

¹⁸ AKİPEK, s. 298.

¹⁹ YETKİN, s. 3657; ÇAKIRBAY, s. 419-420; PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerh C I, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 945.

²⁰ Yargıtay yönetim kurulu üyelerinin seçilmesinin finansal tabloların görüşülmesi ile bağlı olup olmadığına ilişkin çeşitli kararlar vermiştir. Yargıtay seçilen yönetim kurulu üyelerinin yeni kişilerden oluşması veya eski üyeler olmasına göre bir ayırım yaptığı görülmektedir. Örneğin 11. Hukuk Dairesi'nin 2003 tarihli bir kararında "... bunların dışında bilançoyla ilgili olmayan (daha önce görev yapanlar dışında yeni yönetici ve denetçi seçimi, yine aynı yasanın 334-335'inci maddelere göre verilen izinler gibi) hususların görüşülerek karar alınması mümkündür". 11. HD. T. 13.10.2003, 2003/2885 E., 2003/9174 K. (<https://www.lexpera.com.tr>) Erişim Tarihi 24.12.2021. Başka tarihli kararlarında da bu ayırma gitmeden eski ve yeni yönetici olmasına bakılmaksızın erteleme talep edilen toplantıda yeni yönetim kurulu seçiminin yapılabileceğini belirtmiştir. 11. HD. T. 16.06.1994, 7027 E., 5107 K. (GÖNEN, s. 2627). Yargıtay daha yakın tarihli başka bir kararında ise içinde eski yönetim kurulu üyelerinden de bazı kişiler olan yeni yönetim kurulunun seçimini finansal tabloların görüşülmesi ile bağlantılı saymıştır. "TTK'nın 413. maddesine göre, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yıllonun finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır. Bu durumda yıllonun finansal tablolar müzakere edilip genel kurulca kabul edilmediği müddetçe yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yeniden seçime gidilmesi mümkün olamayacağından asıl davanın kabulü ile 25.03.2013 tarihli genel kurul toplantısında alınan (4) numaralı kararın iptali gerekirken, mahkemece yukarıda yazılı gerekçelerle asıl davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir". 11. HD. T. 12.12.2016, 2016/2098 E., 2016/9484 K. (<https://www.lexpera.com.tr>) Erişim Tarihi 24.12.2021.

²¹ YETKİN, s. 3657.

²² ÇAKIRBAY, s. 419-420; PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerh, s. 945.

tutulmamasını bu hakkın gerekliliğine bir gerekçe olarak göstermiştir. Bu yazarlara göre, finansal tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesinde de birkaç kötü niyetli kullanım dışında herhangi bir olumsuzluk tespit edilmemiştir. Konuyu eTTK bağlamında değerlendiren *Tekinalp*, bilgi alma ve inceleme hakkının geniş düzenlenmediği, pay sahiplerinin denetçi aracılığıyla şirket muhasebesini denetleyemediği hukuk sistemleri için, ilgili hükmün gerekliliğini koruduğunu belirtmiştir²³. Ancak hükmün gerekliliğini koruduğunu belirten *Tekinalp* dahi bu hakkın icrai mekanizmaları bulunmadığından, işlevsel olmadığı görüşündedir²⁴. Biz de gerek hakkın çağdaş haklar karşısında işlevsizleşmesini gerekse azlık tarafından kötüye kullanıldığı durumları göz önünde bulundurarak söz konusu hakkın ya yeniden yapılandırılmasını ya da yürürlükten kaldırılmasını savunmaktayız.

Hakkın kullanımına bakıldığında, kanunun ilgili maddesine göre sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde ise yirmide birine sahip pay sahipleri, ayrıca bir genel kurul kararına ihtiyaç duymaksızın, toplantı başkanının kararıyla finansal tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesini erteletebilmektedir. Söz konusu kararın alınmasında toplantı başkanına herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır²⁵. Bu talebe rağmen söz konusu hususların görüşülmesi ve bu hususlarda bir karar alınması halinde söz konusu kararların hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır²⁶. Erteleme talebini, bahse konu pay oranına sahip tek bir pay sahibi yapabileceği gibi birden fazla pay sahibi birlikte de yapabilir. Kanun, erteleme süresini bir ay olarak belirlemiştir²⁷. TTK ve Genel Kurul

²³ TEKİNALP, Müzakerenin Ertelenmesi İstemi, s. 236; Yine eTTK döneminde Tekinalp'in tam tersine ilgili hükmün kanundan çıkarılması gerektiğine ilişkin tartışma için bkz: DOMANIÇ, s. 859.

²⁴ TEKİNALP Ünal, "Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", Türk Ticaret Kanunu'nun Otuzuncu Yıl Semineri, 1988, s. 234-235.

²⁵ ZORLUER, s. 93,94.

²⁶ Doktrinde tartışmalı olmakla beraber Yargıtay'ın benimsediği görüş uyarınca bu konuda alınan kararların iptali söz konusu olacaktır. Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay 11. HD. 30.04.2014 T., 2014/5395 E. 2014/8084 K. Sayılı kararı, aynı yönde Yargıtay 11. HD. 09.03.2016 T., 2015/8015 E. 2015/2585 K. Sayılı kararı. Aynı yönde doktrinde ifade edilen görüşler için bkz: POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul 2021, N. 757a; TEOMAN, Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı, s. 323; YETKİN, s. 3667.

²⁷ Bu sürenin niteliği üzerindeki tartışmalar için bkz: AKİPEK, s. 296.

Yönetmeliği²⁸ (GKY) uyarınca genel kurul toplantısına çağrı belirli bir usule göre yapılmaktadır²⁹. Bu usul işletilmeksizin çağrı yapıldığında, o genel kurulda alınan kararların hükümsüzlüğü söz konusu olabilmektedir³⁰. Dolayısıyla usulüne göre yapılmış bir çağrı ile azlığın genel kurul toplantısından en az 15 gün önce toplantıdan haberdar olmakta ve söz konusu mali tablolar ile diğer ilgili dokümanlar şirket merkezinde incelemeye hazır tutulmaktadır. Hal böyle olunca azlık, dilerse genel kurula gerekli incelemeyi yaparak bilgili bir şekilde iştirak edebilmektedir. Bu-

²⁸ Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, (28.11.2012 Tarih ve 28481 Sayılı Resmi Gazete).

²⁹ Çağrının usulü için bkz: TTK m. 410-411- 414, GKY m. 9-10-11.

³⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz: MOROĞLU Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 80; Doktrinde bazı yazarlarca bu hükümsüzlük tipinin yokluk olduğu savunulmuştur. Bu hususta bkz: KARSLIOĞLU Hasan, Anonim Şirketlerde Genel Kurul, Ankara-2019, s. 157, d.pn. 447. Yargıtay da bir kararında çağrının usulüne uygun yapılmaması sonucunda yapılan genel kurulda alınan kararın yoklukla malul olduğunu belirtmiştir: "...TTK'nın 370. maddesi şartı yerine gelmedikçe, bu şekilde yasaya aykırı olarak yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan bütün kararlar hükümsüz ve geçersizdir. Diğer bir deyişle (yoklukla) maluldür. Bunun sonucu olarak da böyle bir toplantıda alınan kararların bu şekilde yoklukla malul olduğunun tespitini ise, TTK. nun 381/1. maddesindeki koşullar aranmaksızın, toplantıya katılın veya katılmasın, katılıp da muhalefet beyanının zapta geçirtmeyen her ortak mahkemeden isteyebilir. Bu hususlar bir kısım doktrinde de aynen benimsenmiş bulunmaktadır. (Bkz: ANSAY Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara 1975, s. 181; Oğuz İmregün Anonim Şirketler, İÜHF Yayınları, İstanbul 1968, s. 117)". Bkz; Yargıtay 11. HD. T. 19.10.1982, 1982/3800 E., 1982/3992 K.) (<https://www.lexpera.com.tr>) Erişim Tarihi 28.12.2021. Ancak konu hakkında başka Yargıtay kararları bulunmaktadır. Yargıtay HGK T. 02.04.2014, 2013/1048 E., 2014/430 K. sayılı bir kararında bu usulsüzlüğün iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulacağı belirtilmiştir: "İptal edilebilir kararlarda ise; genel kurul kararının geçersizlik halini oluşturan nedenin, işlemin, baştan itibaren geçersiz olması sonucunu doğuracak nitelikte olmaması hali söz konusudur. Örneğin; anonim şirket ortaklar genel kurulunda oyunu kullanmasına haksız yere izin verilmediği, çağrının usulsüz yapıldığı, gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediği, toplantıya ve karara yetkili olmayan kimselerin iştirak ettikleri iddiasında olan ortaklar, yasa, ana sözleşme ve afaki iyi niyet kurallarına aykırılık hallerini ileri sürerek, kararların iptallerini mülga 6762 Sayılı TTK'nın 381. maddesi uyarınca isteme hakları bulunmaktadır". (<https://www.lexpera.com.tr>) Erişim Tarihi 30.12.2021. Doktrinde de bu usulsüzlüğün yaptırımının iptal edilebilirlik olduğu belirtilmiştir bkz: PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerh C I, s. 890. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T Limited Şirketler açısından verdiği bir kararında toplantıya pay sahiplerinin çağırılmamasının yokluk yaptırımıyla karşılaşacağını belirtmiştir. Bkz: 10.06.2015 T., 2015/2459 E., 2015/804 K. Sayılı karar. (<https://www.lexpera.com.tr>) Erişim Tarihi 30.12.2021.

nun yanında, anonim şirket genel kurulunda, azlık pay sahiplerinin mali tabloların görüşülmesini ertelettiği durumlarda da erteletme tarihinden en az bir ay sonra olmak üzere şirket, kanunun öngördüğü usule uygun olarak yeniden genel kurulu toplantıya çağırarak zorundadır. Bu usule göre, yeniden genel kurul gündemi ilan edilmeli, pay sahiplerine usulüne uygun çağrı yapılmalı ve genel kurul öncesi incelemeye açılması gereken belgeler çerçevesinde ortaklara bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılmalıdır. Usulüne uygun genel kurul çağrısı esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilerek yapılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılmalıdır. Ayrıca pay sahiplerinin bilgi alma hakkı çerçevesinde, gerekli belgeler genel kurul toplantısından en az 15 gün önce şirket merkezinde pay sahiplerinin inceleyebilmesi için hazır edilir. Finansal tabloların incelenmesinin bir defa ertelenmesinden sonra yapılacak ikinci genel kurulda, finansal tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesinin tekrar ertelenebilmesi için ise, finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş noktaları hakkında dürüst hesap verme ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması gerekmektedir. İkinci bir erteleme talebinde³¹ incelenmesi gereken, ilk toplantıda finansal tablolara ilişkin karanlıkta kalan hususlarda denetlenebilir bir bilginin verilir verilmemesi hususudur.

Doktrinde, erteleme hakkının ilk kez kullanılması için genel kurulda yapılan erteleme talebine herhangi bir gerekçe gösterilmesi gerek kalmadığı tartışılmıştır. Kimi yazarlara³² göre, azlık pay sahiplerinin bu hakkı kullanabilmesi için erteletmeye bir gerekçe göstermeleri gerekmektedir. Aksi takdirde bu durum hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³³(TMK) 2. maddesi gereği hukuk düzenimizde koruma alanı bulmayacaktır. *Domanıç*

³¹ İkinci erteleme talebinin, ilk erteleme talebini yapan pay sahibi veya sahipleri tarafından yapılmak zorunda olmadığı hususunda bkz: ARSLANLI Halil, Anonim Şirketler C. I, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 243.

³² ŞENER Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017, s. 491; AKİPEK, s. 292; MEMİŞOĞLU Özgür, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi ve Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2014, C. 12, Sa. 133, s.82-83; DOMANIÇ, s. 854; BİRSEL Mahmut, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 639; BOZBEL, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Erteleme, s. 353.

³³ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (08.12.2001 Tarih ve 24607 Sayılı Resmi Gazete).

ve aynı görüşteki *Birsel*'e göre maddenin 2. fıkrasında, ikinci kez erteleme talep edilebilmesi için "itiraza uğrayan hususlarda gerekli izahatın ve rilmemiş olması" şartı arandığı için, ilk erteleme talebinin bir itiraza bağlı olarak gerçekleşmiş olması gereklidir³⁴. *Bozbel* de yine aynı temelde gerekçe gösterilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁵. Ancak Yargıtay³⁶'ın ve Bölge Adliye Mahkemeleri³⁷'nin de benimsediği baskın görüş³⁸ uyarınca, hakkın ilk kez kullanılabilmesi herhangi bir gerekçe gösterilmesi şartına bağlanmamıştır. *Çamoğlu*'na göre de azlık pay sahibi herhangi bir gerek-

³⁴ DOMANIÇ, s. 854; BİRSEL, s. 639.

³⁵ BOZBEL, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Erteletmesi, s. 353.

³⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.10.2003 tarihli bir kararında, "TTK'nın 377. maddesi uyarınca ekseriyetin veya şirket sermayesinin onda birine sahip olan azınlığın gerekçesiz dahi olsa talebi üzerine bilançonun tasdiki hakkındaki müzakere ve bununla bağlantılı görüşmelerin bir ay sonraya bırakılması zorunludur." sonucuna varmıştır. (11. HD. 13.10.2003 T. 2003/2885E., 2003/9174K.) (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>), Erişim Tarihi 30.12.2021. 6102 Sayılı TTK döneminde verilen bir Yargıtay Kararı da şu şekildedir: "(...) Mahkemece ... esas sermayenin en az 1/10 nu elinde bulunduran pay sahiplerinin bilanço görüşmelerinin 1 ay süre ile ertelenmesini talep etmeleri hâlinde bu talebin herhangi bir gerekçesi olmasa bile bilançonun tasdikiyle bununla bağlantılı görüşmelerin bir ay sonraya bırakılmasının zorunlu olduğu, talebin kabul edilmemesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle ... 27/11/2014 tarihli genel kurul kararlarının iptaline karar verilmesi yerindedir..." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 31.05.2017 T., 2016/440 ve 2016/3247 K. numaralı kararı için bkz: KENDİGELEN Abuzer, UZEL Necdet, SAVUR DEMİRKAYA Ase-na, EVLEK Müge, YILDIZ Nurgül, Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2017), İstanbul 2018).

³⁷ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11. HD., E. 2018/1327 K. 2019/492 T. 11.3.2019 "(...) Davalı vekili, davacının kötü niyetli olduğunu, finansal tablolara ilişkin olarak davacının bilgi edinme hakkının bulunduğunu, bu nedenle davacının erteleme talebinde iyi niyetli olmadığını bildirmişse de; 6102 sayılı TTK'nın 420. maddesinin emredici nitelikte olduğu, erteleme talebinde bulunan paydaşın herhangi bir gerekçe göstermesinin gerekmediği ve somut olayda davacının 1/10 'un üzerinde pay sahibi olup, azlık konumunda olduğu anlaşılacakla, davalı vekilinin istinaf başvurusunun da reddi gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." (<https://www.lexpera.com.tr>), Erişim Tarihi 30.12.2021.

³⁸ Gerekçe gösterilmesine gerek olmadığı yönündeki görüşler için bkz. DOĞANAY İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. I, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 1102; TEKİL Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1993, s. 293; PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 371; ÜÇİŞİK Güzin, ÇELİK Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku C. I, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 285; Arslanlı, s. 243; TE-OMAN Ömer, Bilanço Görüşmelerinin Azınlığın İstemi Üzerine Ertelendiği Genel Kurul Toplantılarında Yeni Yönetim Kurulu Seçilebilir mi? -Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Nedeniyle-, (Makale 49) Makalelerim II, Ankara 2012, s. 83.

çe göstermeksizin erteleme hakkını kullanabilmelidir. Ancak pay sahibinin gerekçe göstermesi ikinci ertelemelerde itiraz ettiği hususları somut bir şekilde ortaya koyabilmesi açısından kendi faydasıdır³⁹. *Tekinalp'e* göre de pay sahibinin hakkını kullanmasını kolaylaştırmak için getirilen bir düzenlemenin kanunda yazmayan bir şarta bağlanması mümkün değildir⁴⁰. Kanımızca olması gereken hukuk bakımından hakkın kullanılması gerekçe gösterme zorunluluğuna bağlanmalıysa da kanunun mevcut düzenlemesi uyarınca ilk erteleme talebinde net bir gerekçe gösterilmesi gerektiğini ifade etmek zorlama bir yorum olacaktır.

Kanunda bu hususta bir düzenleme yer almasa da ikincil mevzuatta bazı düzenlemeler yapılmış ve uygulamaya yön verilmeye çalışılmıştır. GKY'nin 28. maddesinin 3. fıkrasında; "*Azlık pay sahipleri tarafından finansal tablolar hakkında ileri sürülecek tüm itirazların ilk toplantıda yapılması ve bunların tutanağa yazılması zorunludur*" düzenlemesi yer almaktadır. Her ne kadar bu hükmün, hakkın ilk kez kullanılmasında gerekçe gösterilmesi gerektiğini savunan yazarların görüşünü kuvvetlendirir nitelikte olabileceği düşünülebilirse de, kanunda açıkça verilmiş bir hakkın sınırlandırılabilmesi ancak yine kanunda açıkça düzenlenmek suretiyle mümkün olabilecektir. Bu nedenle biz bu görüşe katılmıyoruz.

TTK'nın pay sahibini ve azlığı koruyucu düzenlemeleri karşısında, finansal tabloların ve buna bağlı konuların ertelenmesi hakkına ilişkin düzenlemelerden beklenen fayda, kanundaki diğer haklar aracılığıyla rahatlıkla sağlanmaktadır. Bunun yanında, hak suiistimal edilebilir nitelikte olup birçok durumda kendisinden beklenen amaca hizmet edecek şekilde kullanılmamaktadır. Özellikle hakkın ilk kez kullanılmasında gerekçe gösterme zorunluluğunun bulunmadığı yönünde doktrindeki hâkim görüş ve yerleşik içtihatlar dikkate alındığında, hakkın kötü niyetli olarak kullanılması durumunda şirketlerin genel kurul aracılığıyla karar alma mekanizmaları yavaşlamaktadır. Özellikle çok sayıda pay sahibinin bulunduğu ve genel kurul toplamanın maliyetli olduğu halde, azlığın mali tabloların görüşülmesini ertelemeyle –kötü niyetli olup olmadığına bakılmaksızın- şirketler zarara uğramaktadır. Neticede, ilgili hak, azlık tarafından çoğunluk pay sahiplerinin yıldırılması amacıyla kullanılabilir. Azlığın kötü niyetli faaliyetlerine karşı, *Boz-*

³⁹ ÇAMOĞLU Ersin, Azınlığın Bilanço Erteleme Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan C. I, İstanbul 2003, s. 288.

⁴⁰ TEKİNALP, Müzakerenin Ertelenmesi İstemi, s. 238-240.

bel'in önerdiği⁴¹ gibi bir sorumluluk mekanizması da işletilemediğinden hakkın hukuk sistemi içerisindeki düzenlenişi kendisinden beklenen amaca hizmet etmediği gibi hakkın kötü niyetli kullanımlarıyla şirketlerin karar alma mekanizmalarının yavaşlaması, şirketlerin yeni genel kurul masraflarına katılmak zorunda kalması gibi başkaca sorunlara da yol açmaktadır. TTK'nın⁴² 420. maddesi düzenlemesinden beklenen menfaatin başka kanuni imkânlarla sağlanabildiği göz önünde bulundurulduğunda; bu hükmün kanunumuzda yer alıp almaması gerektiği ciddi bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak herhangi bir çıkarımda bulunmadan önce, hukukumuzda ilgili hakka mehz teşkil eden Alman TK ve Alman POK'da ve hukukumuzdaki birçok pay sahibini koruyucu hakka mehz teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu hakkın nasıl düzenlendiğinin ve bu haktan beklenen menfaatin hangi yollarla sağlandığının incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

II. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DÜZENLEMELER

A. Alman Hukuku

1. Kanuni Düzenlemeler

Günümüzde azlığın finansal tabloların görüşülmesini erteletmesini yönelik bir hak Alman hukukunda bulunmamaktadır. Her ne kadar geçmişte düzenlenmiş ve Türk hukukuna da kaynaklık etmişse de 1965 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Alman hukukunda azlık pay sahibinin finansal tabloların görüşülmesini erteleme hakkı Alman TK'nın 264. maddesine dayanmaktaysa da, ilgili düzenlemenin asıl kaynağı 1965 tarihli Alman POK'un 164. maddesi gerekçesinde belirtildiği üzere 1884 yılındaki kanuni düzenlemedir⁴². Ancak bu düzenleme günümüzdeki düzenlemelerden oldukça farklıdır. İlgili düzenlemeye⁴³

⁴¹ Yazara göre finansal tabloların ve buna bağlı görüşmelerin ertelenmesi hakkının kötü niyetli kullanımlarından doğan zararlardan azlığın sorumlu olacağına ilişkin bir hüküm tanzim edilmelidir. Bu hususta bkz: BOZBEL, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Erteletmesi, s. 349.

⁴² <https://www.bundestag.de/drucksachen>, Wahlperiode 4/171 Entwürfe a) eines Aktiengesetzes, b) eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, 03.02.1962, s. 189-190.; (RGBl Nr. 22 von 18.07.1884) Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften.

⁴³ 18 Temmuz 1884 tarihli düzenleme şu şekildedir: Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften§ 239a; *“Die Verhandlung ist zu vertagen, wenn dies mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Anteile den zehnten Teil des Grundkapitals darstellen, verlangt wird, auf Verlangen der Minderheit jedoch nur, soweit von ihr bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden.*

göre azlık pay sahipleri ancak mali tablolara açıkça hangi hususlara itiraz ettiğini belirtmek suretiyle mali tabloların ve buna bağlı sayılan konuların görüşülmesini erteletebilir. Esasen itiraz edilen hususların gösterilmesi ile ifade edilen, erteleme hakkının kullanımının gerekçe gösterme şartına bağlı olduğudur. Ancak bu düzenlemeye göre, itiraz neticesinde mali tabloların ilgili kısımlarının hatalı olduğunun ispat edilmesi beklenmez, itirazla hangi hususlardan şüphe duyulduğunun ortaya konulması yeterlidir⁴⁴. Düzenlemede mali tabloların görüşülmesinin ikinci kez ertelenmesi ise daha önce itiraz edilen hususlar hakkında yeterli bilgi verilmemiş olması şartına bağlanmıştır. 1884 tarihli düzenlemenin sonraki düzenlemelerden asıl farkı ise; mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi ile bağlı konuların akıbetidir. İlgili hükme göre mali tabloların itiraza uğramayan kısımları hakkında yönetim kurulunun ibrası hususu genel kurulda görüşülebilecektir. Başka bir anlatımla, azlığın talebi ile ertelenecek olan mali tablo kalemleri hakkında yönetim kurulu üyelerinin ibrası hususu genel kurulda görüşülemeyeceğinden bu konularla sınırlı olarak yönetim kurulunun sorumluluğu devam edecektir. Açıklanan düzenleme 1937 sayılı POK düzenlemelerine kadar yürürlükte kalmıştır.

1937 tarihli POK'un 125. maddesinin 7. fıkrasındaki düzenleme⁴⁵, azlık pay sahiplerine mali tabloların görüşülmesini erteleme hakkı tanımakla birlikte, bu hakkın kullanılmasının sonuçlarında bazı değişikliklere yer vermiştir. İlgili düzenlemeye göre, azlık pay sahipleri mali tablolara ilişkin itirazlarını kalem kalem belirtmek suretiyle ve yalnızca bir

Ist die Verhandlung auf Verlangen der Minderheit vertagt, so gilt bezüglich der nicht bemängelten Ansätze der Bilanz die Entlastung des Vorstandes als erfolgt“.

⁴⁴ WINCLER-KREAMER Wolf, Der Aktienrechtliche Minderheitenschutz, De Gruyter Verlag, Berlin und Liebig 1928, s. 34-35.

⁴⁵ Söz konusu hüküm 1937 tarihli kanunda şöyle yer almıştır; *“Die Verhandlung über den Jahrsabschluss soll mit den Verhandlungen über die Gewinnerteilung und die Entlastung verbunden werden. Die Verhandlung ist zu vertagen, wenn es die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschließt oder eine Minderheit es verlangt, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen. Das Verlangen der Minderheit ist nur zu berücksichtigen, wenn sie bestimmte Posten des Jahresabschlusses bemängelt. Ist die Verhandlung vertagt, so kann keine neue Vertagung verlangt werden. “Hükümün Türkçe çevirisi için bkz: “Yıl sonu finansal tabloların görüşülmesi hususu, kârın dağıtım ve ibra ile ilgili müzakerelerle bağlantılıdır. Genel kurulda salt çoğunlukla karar verilirse ve payları ile birlikte yeni on da birine ulaşan bir azlığın talep etmesi halinde görüşme ertelenir. Azlığın talebi, ancak yıllık mali tablolarda belirli kalemlere itiraz ettikleri takdirde dikkate alınacaktır. Görüşmelerin ertelenmesi halinde yeni bir erteleme talep edilemez”.*

kereye mahsus olarak görüşmeleri erteleme hakkına sahiptir. Almanya'da 1884 düzenlemelerinden farklı olarak 1937 tarihli düzenlemede, itiraz edilen hususlarda yeterli bilgi verilip verilmediğine bakılmaksızın azlığa ikinci bir erteleme hakkı tanınmamıştır. Bu düzenlemede kar dağıtımı (Gewinnerteilung) ve ibra (Entlastung), mali tablolara bağlı sayılmıştır. Mali tabloların azlık talebi ile ertelenmesi sonucunda, mali tablolara bağlı sayılan bu hususların görüşülmesi 1884 düzenlemelerinden farklı olarak itiraza uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın tümüyle ertelenmektedir. İlgili düzenlemede toplantının ne kadar süreyle erteleneyeceği belirtilmemiştir. Doktrinde *Godinv. Wilhelmi* ertelenmenin yönetim kurulunun görevi ile alakalı olduğunu, bu nedenle yeni tarihin de yönetim kurulu tarafından gecikmeksizin belirlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir⁴⁶. Azlık pay sahibine bu hakkın kullanılmaması halinde yahut ertelemeye rağmen itiraza uğrayan hususlarda yeterli bilgi verilmediği halde, genel kurulun iptali davası (Anfechtungsklage) gündeme gelecektir⁴⁷.

1965 tarihli POK ile azlığın mali tabloların görüşülmesini erteletme hakkı yürürlükten kaldırılmıştır. Hükmün gerekçesinde pay sahibine tanınan çağdaş haklar karşısında bu hükmün işlevsiz kaldığı belirtilmiştir. Bu haklara 1937 yılında tüm pay sahiplerine tanınan bilgi alma hakkı (Auskunftrecht) ve 1931 yılında düzenlenen uzmanlarca denetleme hakkı (Abschlussprüfungsrecht) gibi haklar örnek olarak verilmiştir.

2. Değerlendirme

Azlık pay sahiplerinin çoğunluk pay sahipleri karşısında korunması için getirilen mali tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesi hakkı, Alman Hukuku'nda incelenmiş ve tartışılmıştır. Bahse konu hakkın, sonraki düzenlemeler ile getirilen çağdaş pay sahipliği haklarının düzenlenmesinden önce bir işlevinin olduğu kuşkusuzdur. Ancak bağımsız denetime tabi olan şirketler açısından bağımsız denetimin yürürlüğe girmesi sonrasında, tüm pay sahipleri şirket hakkında, kanundaki başka hiçbir hak ve yöntemle elde edemeyecekleri bilgilere, denetim raporuyla erişebileceklerdir⁴⁸. Bağımsız denetime tabi

⁴⁶ GODİN Reinhard, WILHELMI Hans, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937, 2. Auflage, De Gruyter, Berlin 1950, s. 570-571.

⁴⁷ WINCLER-KREAMER, s. 34-35.

⁴⁸ Alman Hukuku'nda bağımsız denetim Alman Ticaret Kanunu'nun 316. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre Alman Ticaret Kanunu'nun 267. maddesinde

olmayan şirketlerde ise, Alman POK'un üçüncü alt başlığı olan bilgi alma hakkı düzenlemelerine göre; mali tablolar, genel kurul toplantısı öncesinde zaten pay sahiplerinin incelemesine açılacak olup bu tabloların genel kurul toplantısı öncesinde incelenmesi uzman denetçiler aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Ayrıca bu hak yalnızca azlığa değil tüm pay sahiplerine (Aktionärs) tanınmıştır⁴⁹. Bilgi alma ve inceleme hakkı, Alman Ticaret Kanunu'nun⁵⁰ 242 ve 264. paragrafları uyarınca uluslararası muhasebe standartlarında, denetlenebilirliği haiz yılsonu tabloları (Jahresabschluss⁵¹) üzerinde yapılacaktır. Bu tablolarda bir tutarsızlık bulunması halinde her pay sahibi bunu, genel kurulda dile getirebilecek ve gerekirse özel denetçi atanması için talepte bulunabilecektir.

Alman Hukuku'nda, detaylı bir çalışma sonucu kanuni kriterlere bağlı olarak hazırlanan ve genel kurul öncesi incelemeye açılan bağımsız denetim raporu veya bilgi alma ve inceleme hakkı neticesinde incelemeye tabi tutulmuş mali tablolardan edinilemeyen bir bilginin, erteleme hakkının kullanılması neticesinde edinilmesini sağlayacak bir mekanizma bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, azlığın mali tablolara ilişkin görüşmeleri ertelemesi neticesinde itiraz ettiği hususlarda bilgi almasını sağlayacak icrai bir yol bulunmamaktadır. Ancak çağdaş haklar karşısında bilgi alma hakkı, dava yoluyla kullanılarak istenilen bilgi mahkeme aracılığıyla edinilebilecek yahut şirket mali tabloları özel denetçiler tarafından incelenebilecektir. Bu durumda azlık mali tabloların ertelen-

de büyük şirket olarak anılan şirketler bağımsız denetime tabi olacaktır. Türk Hukukuna mehz teşkil ettiği belirtilen bu düzenlemeye göre Yönetim Kurulu Faaliyet Raporu (Lagebericht) ve yılsonu mali tabloları (Jahresabschlusses) denetçi tarafından incelemeye tabi tutularak bir rapor hazırlanır. Denetim yükümlülüğü olmasına rağmen, denetim yapılmayan şirketlerin çıkarttıkları mali tablolar ve faaliyet raporu onaylanamaz.

⁴⁹ Alman doktrini pay sahipliği haklarını iki temel başlığa ayırarak incelemektedir. Bunlar yönetim hakları (Verwaltungsrecht) ve malvarlığı haklarıdır (Vermögensrecht). Azlık hakları ise bu haklara ek olarak sermayenin %10'una karşılık gelecek payı olan pay sahipleri tarafından kullanılabilen haklardır. Alman Hukuku'nda pay sahipliği haklarına ilişkin detaylı bilgi için bkz; RAISER Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften, Vahlen, 3. Auflage, München 2001, s. 100-101; DUURSAMA Dieter, DUURSAMA-KEPLINGER Henriette, ROTH Marianne, Handbuch zum Gesellschaft Recht, LexisNexis ARD Orac, Wien 2007, s. 1187-1188.

⁵⁰ (RGI Nr. 32, S. 219 von 10.05.1897) Handelsgesetzbuch, 10.05.1897.

⁵¹ Yıl sonu tablolarının kapsamı için bkz; KÜHNBERGER Manfred, der Jahresabschluss Rechnungslegung nach Handelsrecht, R. Oldenbourg Verlag, München 1996.

mesi hakkı ile ulaşılmak istenen amaçtan fazlasına; Alman Hukuku'nun güncel kanuni düzenlemeleriyle ulaşılabilmektedir.

Türk Hukuku'nda yer alan düzenlemeden farklı olarak 1937 tarihli Alman POK'un 125. maddesinin 7. fıkrasında ve eski Alman TK'nın 1884 tarihli değişikliklerle kabul edilen 264. maddesinde mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkının kullanımı açısından gerekçe gösterme yükümlülüğü de dikkate alınmalıdır. Gerekçe gösterme yükümlülüğü, gerek 1884 düzenlemesinde gerekse 1937 düzenlemesinde yer almaktadır. İlgili yükümlülük belirtildiği üzere, mali tabloların yanlışlığını ispatla değil; şüphe yaratan hususların kalem kalem belirtilmesiyle gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle, gösterilen gerekçeyi ispat yükümlülüğü azlık pay sahiplerine yüklenmemiştir. Gerekçe gösterme yükümlülüğü bulunması hakkın dürüstlük kuralına uygun kullanımına da hizmet etmektedir. Hiçbir gerekçe göstermek sizin toplantının ertelenmesi durumunda yönetim kurulu yeni toplantıda hangi hususlarda bilgi vereceğini bilemeyecektir. Böylelikle konu yargıya taşındığında hangi hususların inceleme konusu yapılacağı da bilinemeyecek ve bunların yanında gerekçesi olmayan pay sahipleri kötü niyetli olarak şirketin karar almasını geciktirmek adına bu hakkını kullanabilecektir. Keza Almanya doktrininde de eleştirilere mazhar olduğu üzere birçok diğer azlık hakkı gibi bu hakkın da kötü niyetli kullanımları söz konusu olmuştur⁵². *Tekinalp*, Alman Hukuku'nda azlığa tanınan mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkının yalnızca işlevsiz kalması sebebiyle ilga edildiğini yoksa hakkın olumsuz bir yanı bulunmadığını belirtmiştir⁵³. Oysaki 1965 tarihli kanun tasarısının 164. maddesinin gerekçesinde azlığa tanınan erteletme hakkının kolay bir şekilde suiistimal edilebileceği, kaldırılma sebeplerinden birisinin de bu olduğu belirtmiştir⁵⁴. Sonuç olarak, Alman Hukuku bu hakkın kötüye kullanımları nedeniyle hakkı hep sınırlı bir uygulama kapsamında tutmuş, hakkın çağdaş koruyucu hakların düzenlenmesi sonucunda işlevselliğini yitirmesi nedeniyle de yürürlükten kaldırmıştır.

⁵² Azlık haklarının kötü niyetli kullanımına ilişkin eleştiri için bkz; MORITZ Hans Martin Christian, *der Ausschluss von Minderheitsaktion ärennach § 327 aff AktG*, Yüksek Lisans Tezi (Luasanne Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 2004, s. 23.

⁵³ *TEKİNALP*, Müzakerenin Ertelenmesi İstemi, s. 236

⁵⁴ <https://www.bundestag.de/drucksachen>, Wahlperiode 4/171 Entwürfe a) eines Aktiengesetzes, b) eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, 03.02.1962, s. 189-190.

B. İsviçre Hukuku

Azlığın finansal tabloların görüşülmesini erteletmesi hakkı İsviçre Hukuku'nda düzenlenmemiştir. Bu hususta *İmregün*, “*İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1. Tadil projesinde esas sermayenin muayyen bir nispetini temsil eden azınlığın muayyen hallerde umumi heyet toplantısının tehirini talep etme hakkı tanınmıştır. Müteakip projelerden bu hüküm hiçbir işe yaramayacağı ve lüzumsuz taliklere sebebiyet vereceği gerekçesi ile çıkarıldı ve kanuna da alınmadı*” demektedir⁵⁵.

Azlığa finansal tabloların görüşülmesi hakkı tanınmasa da İsviçre Borçlar Kanunu⁵⁶ (OR) Anonim Şirket pay sahiplerine ve azlık pay sahiplerine çok geniş koruyucu haklar tanımış, bunun yanında bağımsız denetim yükümlülüğü, eşit davranma yükümlülüğü gibi düzenlemelerle şirket, pay sahiplerine karşı hesap verme yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Bağımsız denetim, İsviçre Hukuku'nda belirli şartları sağlayan sınırlı sayıdaki şirketler için zorunlu tutulmuş olup bu şartları taşımayan şirketler için de sınırlı denetim yükümlülükleri öngörülmüştür⁵⁷. Bağımsız denetim sonucunda, yıl sonu tablolarıyla konsolide finansal tablolar denetime tabi tutulacak ve bir denetim raporuyla tüm pay sahipleri ve diğer menfaat sahipleri şirket hakkında tutarlı ve objektif bilgilere ulaşabilecektir. Bağımsız denetim haricinde, Alman Hukuku'nun

⁵⁵ TEKİNALP, Müzakerenin Ertelenmesi İstemi, s. 236 aracılığıyla İMREGÜN Oğuz, Anonim Şirkette Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 71 dnp. 83.; Aynı yönde Savaş Bozbel tarafından da aktarılmakta olan, İsviçre'de ilgili hükmün gereksiz gecikmelere sebebiyet vermemek adına kanuna alınmadığını belirten görüş için bkz; BOZBEL, Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Ertelenmesi, s. 3. (https://www.academia.edu/36543153/Azınlığın_Bilanço_Görüşmelerini_Ertelenmesi_TTK_m_420_) Erişim Tarihi 20.01.2022

⁵⁶ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

⁵⁷ İsviçre'de bağımsız denetim Borçlar Kanunu'nun (OR) 727 ve 727a/b/c maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeler kısmen Türk Hukuku'nda mehzaz teşkil etmektedir. Bu düzenlemelere göre halka açık şirketler, ikinci fıkradaki şartları sağlayan şirketler ve konsolide mali belgeleri hazırlamakla yükümlü şirketler bağımsız denetime tabidir. Ayrıca kanunen bağımsız denetime tabi olmayan şirketler de esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla bağımsız denetime tabi olacaklarını düzenleyebilirler. Bağımsız denetime kanunen tabi olmayan şirketler için de sınırlı denetim yükümlülüğü öngörülmüştür. Sınırlı denetime tabi olan şirketlerden 10 tam zamanlı çalışandan az çalışanı olan şirketler genel kurul kararıyla sınırlı denetimden vazgeçebilirler. Bağımsız denetim, kanunen şartları taşıyan lisanslı denetçiler tarafından yapılmaktadır.

sağladığı birçok hak İsviçre’de de pay sahiplerine tanınmıştır. Doktrinde pay sahiplerine tanınan bu haklar mal varlıksal haklar ve mal varlıksal nitelikte olmayan haklar olarak ikiye ayrılmıştır⁵⁸. Mal varlıksal olmayan haklar da katılım hakları ve koruyucu haklar olarak ikiye ayrılmıştır⁵⁹. Katılım haklarına bağlı olarak her pay sahibi genel kurul gündemini görebilmekte ve genel kurul gündemine ilişkin beyanlarda bulunabilmektedir. Azlık pay sahipleri ayrıca genel kurulu toplantıya çağırabilmekte ve genel kurul gündemine madde ekleyebilmektedir (Einberufung und Traktandierungsrecht OR 699)⁶⁰. Koruyucu haklar içerisinde ise pay sahiplerine geniş bir bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmıştır (OR 697 Auskunftsanspruch). Buna göre tüm pay sahipleri genel kurul öncesinde, genel kurul sırasında veya genel kurul sonrasında şirket sırrı teşkil etmeyen bilgileri öğrenmek için yönetim kuruluna başvuruda bulunabilirler. Belirtmek gerekir ki İsviçre Borçlar Kanunu pay sahiplerinin bilgi alma hakkını kullanmalarını, bilgi almanın gerekli olması koşuluna bağlamıştır⁶¹. Bu sebeple bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasına ilişkin yapılan taleplerde, bu bilginin neden gerekli olduğunun da gösterilmesi gerekmektedir⁶². Alman Hukuku’nda⁶³ olduğu gibi İsviçre Hukuku’nda da bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasına ilişkin gerekliliğin ortaya konulması şartı bu hukuk sistemlerinde ilgili hakkın kullanılmasının Türk Hukuku’na göre zorlaştırıldığını göstermektedir.

Bilgi alma ve inceleme talepleri OR 702/3 gereğince toplantı tutanağına işlenmelidir. Tüm pay sahipleri oy haklarına dayanarak bu tuta-

⁵⁸ FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Verlag Stampfli+Cie AG, Bern 1996, s. 486-487.

⁵⁹ FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ, NOBEL, s. 486-487. Yazarlar katılım hakkı olarak oy hakkını belirtmiş ve genel kurula katılma, beyanda bulunma, kendisini temsil ettirebilme, genel kurula çağrı alma, yetkisiz katılıma itiraz etme, genel kurul tutanağını görme ve şerh düşme gibi hakları oy hakkına bağlı yan haklar olarak sınıflandırmışlardır.

⁶⁰ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz; BÖCKLI Peter, Schweizerischer Aktienrecht, 4. Auflage, Schutthess, 2009, s. 1357-1359.

⁶¹ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerh C II, s. 1946.

⁶² FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ, NOBEL, s. 505 pgf. 172.

⁶³ Alman POK’un 131. Paragrafının 1. fıkrasının 1. cümlesine göre gündem maddesinin uygun bir şekilde değerlendirilmesi için gerekli olduğu sürece, pay sahipleri genel kurulda bilgi talebinde bulunabilmektedir. Neticede bilgi alma hakkının kullanılabilmesi bakımından Alman ve İsviçre Hukuklarındaki düzenlemeler paraleldir.

nağı inceleyebilir ve bu tutanakta itiraz ettikleri hususlara şerh düşebilir⁶⁴. Bilgi verilmeyen, verilemeyen veya incelenme hakkı kullandırılmayan hallerde bilgi alma ve inceleme davası açılabilir yahut bilgi alma ve inceleme talebinin olup olmadığına bağlı olmaksızın, genel kuruldan özel denetçi atanması istenebilir. Genel kurulun özel denetçi atanması talebini reddetmesi halinde, azlık pay sahipleri⁶⁵ özel denetçi atanmasını mahkemeden talep edebilir. Kanun hükümlerine aykırı olarak pay sahiplerine haklarının kullandırılmadığı hallerde genel kurulun iptali söz konusu olabilmektedir (Anfechtung). İsviçre kanun koyucusuna göre pay sahiplerine tanınan bu geniş haklar karşısında azlık pay sahiplerinin finansal tabloların görüşülmesini erteleme hakkına ihtiyacı bulunmaktaki, bundan beklenen tüm fayda, sayılan diğer haklar aracılığıyla elde edilmektedir.

III. TÜRK HUKUKU'NDA TTK'NIN 420. MADDESİNDEN BEKLENEN İŞLEVİ KARŞILAYAN DİĞER HAKLAR VE BU KAPSAMDAKİ ŞİRKET YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Bağımsız Denetim

Bağımsız denetim TTK'nın "Denetleme" başlıklı 397. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bağımsız denetim, şirketin finansal raporları ve yönetim kurulu faaliyetleri hakkında, tutarlı denetlenmiş ve güvenilir bilgi almak isteyen menfaat sahiplerinin⁶⁶ korunması amacıyla hüküm altına alınmıştır⁶⁷. Bağımsız denetim ile ilişkili düzenlemelere kaynak teşkil eden İsviçre ve Alman⁶⁸ hukuklarında olduğu gibi,

⁶⁴ MÜLLER Ronald, LIPP Lorenz, PLÜSS Adrian, Minderheitschutz im schweizerischen Aktienrecht", Aktuell Juristische Praxis, 05/2011, s. 587-590; FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ, NOBEL, s. 502-505.

⁶⁵ Azlık haricinde, pay oranı azlık payına ulaşmasa da paylarının nominal değeri 2 Milyon Frank ve daha fazla olan pay sahipleri de aynı hakkı kullanabilmektedir. Bu hak özellikle sermayesi büyük olan şirketlerde pay sahiplerinin korunmasını sağlamak için getirilmiştir. (OR 697b)

⁶⁶ Bağımsız denetim yalnızca pay sahiplerini ilgilendiren bir denetim olmayıp, özellikle halka açık şirketler bakımından Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü olarak yatırımcıların doğru, tutarlı ve şeffaf bir bilgi almasına hizmet etmektedir. Bu sebeple koruma yalnız pay sahipleri için değil menfaat sahipleri için belirlenmiştir.

⁶⁷ DEMİRKIRAN Haydar, Finansal Raporlamanın Güvenilirliğinin Sağlanmasında Bağımsız Denetimin Rolü, Bir Uygulama, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 1-2.

⁶⁸ Avrupa Komisyonu'nun 25 Temmuz 2016 tarih ve (EU) 2016/1223 sayılı Uygulama Kararıyla, ülkemizdeki kamu gözetimi, kalite güvence, inceleme ve yaptırım sis-

ülkemizde de bağımsız denetim tüm şirketler açısından zorunlu tutulmamıştır⁶⁹. TTK'nun 397. maddesinin 4. fıkrasında bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirleneceği öngörülmüştür⁷⁰.

Bağımsız Denetim Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun (KGG)belirlediği denetim standartları doğrultusunda denetim, denetime tabi şirketlerin çıkardığı yıllık mali tablolar ile yönetim kurulu faaliyet raporu üzerinde yapılmakta ve bu hususta yayımlanan denetim raporu, tüm pay sahiplerinin bilgisine sunulmaktadır⁷¹. İlgili denetim raporundan pay sahipleri şirketin o yılki finansal durumunu, faaliyet durum ve sonuçlarını, finansal gelişimini, gelir-gider ve kar-zarar durumları ile her türlü mali kaydın usulüne ve yasa-ya uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığını, şirket kaynaklarının düzgün idare edilip edilmediğini, yönetimin faaliyetlerini ve bunların sonuçlarını öğrenebilirler. Bu açıdan bakıldığında bağımsız denetime tabi şirketlerde, azlığın mali tabloların görüşülmesini erteletme talebinin, doğrudan herhangi bir amaca hizmet etmeyeceği ifade edilebilir.

Yukarıda belirtildiği üzere, azlığın erteletme talebinin düzenlenmesinin amacı, pay sahibinin bilgi sahibi olmadığı veya kuşkuya düştüğü konularda, bilgi sahibi olmak adına mali tabloların görüşülmesini erteleyerek bilgi alması ve oy hakkı ve buna bağlı katılım haklarını daha etkin kullanmasını sağlamaktır. Pay sahibinin bağımsız denetim raporuyla edinilen bilgilerden fazlasını, mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkını kullanarak elde edebilmesi ne süre açısından ne de konunun detaylı uzmanlarca irdelenebilmesi açısından, fiilen ve hukuken mümkün değildir. Nitekim denetim sonucunda kanunun ve ilgili stan-

temlerinin AB üyesi ülkelerle eşdeğer olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, İsviçre Hükümeti'nin 23 Ağustos 2017 tarihli kararıyla ülkemiz ile İsviçre kamu gözetimi sisteminin 1 Ekim 2017 tarihinden itibaren eşdeğer olduğu kararlaştırılmıştır.

⁶⁹ PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi II, s. 1575-1576; MEMİŞ Tekin, "Şirketler Hukukunda Denetim", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4, s. 151.

⁷⁰ Bu hususta bir Bakanlar Kurulu Kararı (23.01.13 tarihli 28537 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan 2012/4213 No'lu karar) bir de Cumhurbaşkanlığı Kararı (26 Mayıs 2018 tarihli ve 30432 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan 2018/11597 No'lu karar) bulunmaktadır.

⁷¹ Bağımsız Denetim Standartlarına Erişim İçin Bkz: (<https://www.kgg.gov.tr/DynamicContent/Detail/5167/Bağ%CC%86%C4%B1ms%C4%B1z-Denetim-Standartlar%C4%B1>)

dartların öngördüğü kapsamda hazırlanan bir bağımsız denetçi raporunun azlığın sorularına cevap verebiliyor olması gerekir. Aksi yaklaşım bağımsız denetimin işlevini ve doğruluğunu şüpheye düşürür. Sonuçta, bağımsız denetim düzenlemeleri karşısında azlık pay sahibinin toplantıyı erteletme hakkı tamamen işlevsiz kalmaktadır. Nitekim toplantıdan en az 15 gün önce söz konusu denetim raporları incelemeye hazır halde bulundurulmakta olup azlık dilediğinde bunları inceleme ve gerekirse denetim raporu ile ilgili de bilgi alma hakkına sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, azlığın inceleme hakkını kullanmadan, genel kurulda da hiçbir gerekçe göstermeden erteleme hakkını kullanabilmesinin kendi içinde çelişkili bir durum olduğu ifade edilebilir. Bu açıdan bağımsız denetime tabi şirketlerde dahi bu hakkın kullanılabilmesi; kötü niyetli azlık pay sahiplerine kanun eliyle verilmiş bir silah işlevi görebilmekte ve çoğunluğu yıldırım için kullanılmasına aracı olabilmektedir.

Doktrinde kimi yazarlarca bağımsız denetimin sınırlı sayıda şirket açısından zorunlu tutulması dolayısıyla; bağımsız denetim uygulamasının pay sahibini koruyucu açıdan yeterince işlev görmediği belirtilmektedir⁷². Bağımsız denetim düzenlemelerinin yeterli korumayı sağlayamaması dolayısıyla, denetimin mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkına bir etkisi olmadığı⁷³, bu nedenle hakkın işlevselliğini koruduğu savunulmaktadır. Bağımsız denetimin tüm şirketler açısından zorunlu tutulmaması haklı olarak eleştirilse de, bağımsız denetimin sınırlı bir şirket grubuna yönelik düzenlenmiş olması; mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkının işlevsel bir yapıya sahip olduğunu göstermemektedir. Nitekim bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetim hakkı gibi tüm pay sahiplerine geniş haklar tanıyan düzenlemeler karşısında; bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerde dahi pay sahipleri, şirket işleri açısından yeterince bilgi alma imkânına sahip olmakta, şirket muhasebesini denetleyebilmektedir. Hal böyle olunca bir şirketin yalnızca bağımsız denetime tabi olmaması, azlık pay sahiplerine mali tabloların görüşülmesini erteletme hakkı tanınmasını işlevsel hale getirmez. Bunun yanında gerek bağımsız denetime tabi gerek bağımsız denetime tabi olmayan şirketler açısından bu hak kötüye kullanımlara açık olmaya da devam edecektir. Nitekim kanun koyucu TTK'nın ilk halinde⁷⁴,

⁷² ÇAKIRBAY, s. 419-420.

⁷³ ÇAKIRBAY, s. 419-420.

⁷⁴ 6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılma-

azlığın finansal tabloların görüşülmesini erteletmesi hakkını, bağımsız denetim ile ilişkilendirmediğine yönelik iradesini ortaya koymuştur. Bağımsız denetim, TTK'nın ilk halinde tüm anonim şirketler açısından zorunlu tutulmuştur.

Bağımsız denetimin sınırlı sayıda şirket açısından zorunlu tutulmasını, azlığın mali tabloların görüşülmesini erteletme hakkı ile ilişkilendiren fikre göre; bağımsız denetim yükümlülüklerine tüm anonim şirketlerin tabi olduğu durumda, azlığa söz konusu hakkın tanınmaması beklenir. Ancak TTK'nın ilk halinde bağımsız denetim tüm anonim şirketler açısından zorunlu tutulmuşken azlığın mali tabloların görüşülmesini erteletme hakkı yine de kanunda düzenlenmişti. Ayrıca 26.06.2012 tarihli 6335 sayılı Kanun ile bağımsız denetimin sınırlı sayıda şirket için yeniden düzenlenmesinin ardından, azlığın mali tabloların görüşülmesini erteletme hakkı bağımsız denetime tabi şirketler için istisna tutulmamıştır. Bu, kanun koyucunun azlığa finansal tabloların görüşülmesini erteletme hakkı tanınmasının, bağımsız denetimi tüm şirketler açısından zorunlu tutmamasıyla ilgili olmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

B. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı eTTK'ya nazaran güçlendirilmiş bir şekilde TTK'nın 437. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olup ilgili düzenlemeyle, pay sahiplerinin ortaklığın yönetimi ve mali durumu hakkında bilgi sahibi olması, oy hakkını bilinçli kullanması ve genel kurulda daha sağlıklı kararlar alınması amaçlanmıştır⁷⁵. TTK, pay sahibinin bilgi alma hakkını genel kurul öncesi, genel kurulda ve genel kuruldan sonra olmak üzere 3 şekilde düzenlemiş ve bunlara bilgi alma davasını ekleyerek hukuki korumayı talep edilebilir kılmıştır⁷⁶. Genel kuruldan önce pay sahiplerinin bilgi alma hakkını kullanabilmesi için yönetim kurulu, en az 15 gün önce finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet

sına Dair Kanun ile değiştirilmiş ve bağımsız denetime tabi şirketlerin Bakanlar Kurulu kararı ile belirleneceği belirtilmiştir.

⁷⁵ DOLU Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Onikilevha Yayınları, İstanbul 2017, s. 40; ARSLAN Kaya, Özel denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı İle İlişkisi, Batider C. XXXI S.1 s. 61, KARASU Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Batider C.XXIII, S.2, s. 74.

⁷⁶ AYHAN Rıza, ÇAĞLAR Hayrettin, ÖZDAMAR Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019, s. 436-437.

raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi şirket merkez ve şubelerinde pay sahiplerinin incelemesine açar. Her pay sahibi ilgili belgeleri inceleyebilir ve bu incelemeyi usulüne göre yetkilendirdiği bir uzman aracılığıyla da gerçekleştirebilir. Genel kurul sırasında pay sahipleri, yönetim kurulundan şirketin işleri ve denetçilerden denetime ilişkin hususlarda bilgi isteyebilmektedir. Pay sahibi, aynı zamanda genel kuruldan veya yönetim kurulundan şirket defterleri ve yazışmalarının sorusunu ilgilendiren kısmının incelenmeye açılmasını talep edebilir. Alman ve İsviçre Hukuklarından farklı olarak, TTK pay sahibinin bilgi isteme hakkını kullanabilmesini herhangi bir gereklilik şartına da bağlamamıştır. Şirket defter ve yazışmalarını incelemek isteyen pay sahipleri, genel kurul onayı yahut yönetim kurulu izni ile söz konusu belgeler üzerinde inceleme yapabilmektedir. Bilgi alma ve inceleme hakkının sınırını ise şirket sınırları ve korunması gereken şirket menfaatleri oluşturmaktadır⁷⁷.

Görüldüğü üzere, bilgi alma ve inceleme hakkı her pay sahibi tarafından herhangi bir şarta bağlanmaksızın kullanılabilir. Pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilmeleri için TTK yönetim kuruluna da bazı yükümlülükler yüklemiştir. Bunların başında, GKY'nin 10. maddesinde⁷⁸düzenlenen pay sahiplerine genel kurul toplantı günü ile gündem ve ilanının çıktığı veya çıkacağı gazetelerin iadeli taahhütlü mektupla bildirilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. GKY'nin 10. maddesinde "*Olağan toplantı ilanlarında; finansal tabloların, konsolide finansal tabloların, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun, denetleme raporunun ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisinin şirket merkez ve şube adresleri belirtmek suretiyle anılan adreslerde pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulduğu*" belirtilmektedir.

Pay sahiplerine genel kurul öncesinde geniş bir bilgi alma hakkı tanınmasıyla, genel kurula bilinçli katılımlarının sağlanması, mali tablolara ve şirket işleyişine ilişkin sorularının hazırlanmasına imkân tanın-

⁷⁷ Hükmün gerekçesinde, esinlenen İsviçre Borçlar Kanunu 697. maddenin 2. fıkrasında olduğu gibi şirket sırrının ve korunması gereken menfaatlerinin bilinçli bir şekilde tanımlanmadığı, bunun dar veya geniş bir tanımla sınırlandırılmak istenmediği, çözümün uygulamaya bırakıldığı belirtilmiştir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz: PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi C II, s. 1941-1948; KAYA Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 267; KARASU, s. 88-92.

⁷⁸ Bunlar, pay defterinde yazılı pay sahipleri ile önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adresini bildiren pay sahipleridir.

ması amaçlanmıştır. Söz konusu incelemenin yapılacağı tablolar uluslararası muhasebe standartlarında ve denetime elverişli tablolar olmalıdır. Genel kurul toplantısı öncesine, genel kurul ilanında belirtilen yerde ve zamanda incelemeye açılan belgeler tüm pay sahipleri, vekilleri veya görevlendirecekleri uzmanlar tarafından incelenebilir. Genel kurul öncesi tanınan bu hakkın kullanılması, genel kurul sırasında yönetim kurulu ve denetçilere soru sorma hakkının, özel denetçi atanmasının istenmesi hakkının, genel kurul sonrasında da bilgi alma ve inceleme davası açma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için gereklidir. Azlık pay sahibinin çoğunluk pay sahibi ortaklar karşısında korunmasına aracılık eden bu haklar zamanında ve etkin şekilde kullanıldığı takdirde, genel kurulda mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesine bizce genel olarak ihtiyaç kalmayacaktır. Ayrıca pay sahiplerinin genel kurul öncesi incelemeye açılan belgeleri vekil aracılığıyla yahut usulüne uygun yetkilendirdiği uzmanlar aracılığıyla dahi inceleyebiliyor oluşları, inceleme hakkının kullanılmasının önündeki birçok engeli de ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, en azından bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmayan pay sahibine mali tabloların görüşülmesinin erteletilmesi hakkının tanınması kanaatimizce isabetli değildir.

Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasıyla edinilemeyen bilgilerin, herhangi bir gerekçe dahi gösterilmeden ertelenen ilk genel kurul toplantısı sonrasında bir ay içerisinde nasıl edinilebileceği de bizce belirsizdir. Bilgi alma hakkının kullanıldığı durumlarda bir sonuç elde edemeyen pay sahipleri, gerek bilgi alma davası ile gerekse de aşağıda detaylandırılacağı üzere özel denetçi atanmasını mahkemeden talep ederek şirketi bilgi vermeye zorlayabilecektir. Ancak mehzaz kanun olan Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da azlığın mali tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesini erteletmesi neticesinde, şirketin bilgi verilmesini sağlayacak icrai bir mekanizma bulunmamaktadır.

Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasının, azlık pay sahiplerinin haklarını koruması açısından, mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesinden daha avantajlı olduğunu gösteren bir diğer husus ise bilgi alma ve inceleme hakkının kolayca suiistimal edilebilecek bir hak olmamasıdır. Pay sahibinin talep ettiği bilgilerin yönetim kurulu tarafından verilmemesi halinde, nihai kararı verecek merci genel kurulun, yönetim kurulu aleyhinde karar alarak bu bilginin verilmesine izin verdiği durumlar haricinde, Asliye Ticaret Mahkemeleri olmaktadır. Ancak

örnek alınan Alman düzenlemesinden farklı olarak hiçbir gerekçeye dahi dayanmaksızın mali tabloların görüşülmesi ve buna bağlı diğer hususların ertelenmesinde nihai karar mercii azlık pay sahibidir. Azlık pay sahibinin talep etmesi halinde başkaca bir karar alınmasına gerek kalımsızın genel kurul en az bir ay ertelenmektedir. Karar alma mekanizmasının yavaşlaması sonucu oluşan zarara ve tüm çağrı usulü baştan başlayarak yeni bir genel kurul yapılması maliyetine de şirket katlanmaktadır. Bu noktada erteleme talep eden azlık pay sahibinin tekelinde olan bu hakkın suiistimale çok açık olduğu ortadadır. Neticede, kötü niyetli bir pay sahibinin mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkını kullanmasıyla oluşan zararlar, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmasında söz konusu olmamaktadır.

C. Özel Denetçi Atanmasını Talep Hakkı

Pay sahipleri, pay sahipliği haklarını kullanabilmek için gündemde yazmasa bile genel kuruldan belli başlı olayların aydınlatılması amacıyla özel denetçi atanmasını isteyebilir. Özel denetçi atanmasının istenebilmesi için bu talebin haklılığı TTK'nın 439. maddesinin 2. fıkrasındaki⁷⁹ hususların varlığı en azından karinelerle desteklenmeli ve bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılmış olmalıdır. Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olmasının gerekmesi, illa TTK'nın 437. maddesinin 5. fıkrası uyarınca dava açılmış olmasını gerektirmez⁸⁰. Nitekim dava yolu hakkın bir unsuru değil, hakkın korunma yoludur⁸¹. Pay sahiplerinin özel denetçi atanması talebi genel kurul tarafından kabul edilirse talepte bulunan pay sahipleri şirket merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, azlık pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri genel kurulun gerçekleşmesini izleyen üç ay içinde aynı mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilir. Kanun koyucu mehaz İsviçre düzenlemesinde de olduğu gibi, hakkı kullanabilecek pay sahiplerini azlık ile sınırlı tutmamış; sermayesi büyük şirketler-

⁷⁹ TTK'nın 439. maddesinin 2. fıkrasına göre; davacı pay sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları gerekmektedir.

⁸⁰ ARSLAN, Özel denetim İsteme Hakkı, s. 80,81.

⁸¹ ARSLAN, Özel denetim İsteme Hakkı, s. 80,81.

de azlık payına ulaşamayan pay sahipleri için paylarının itibari değeri belli bir miktarda olan pay sahiplerine de bu hakkı tanımıştır.

Bilgi alma ve inceleme hakkı sonuçsuz kalan azlık pay sahipleri, bilgi alma davası açabileceği gibi, şüphe duydukları olayların ve durumların aydınlatılması için özel denetçi atanmasını isteme haklarını da kullanabilmektedir. Bilgi alma ve inceleme hakkının diğer bir icrai yönü de işte bu özel denetçi isteme hakkıdır. Hiçbir icrai yönü bulunmayan mali tabloların görüşülmesinin ertelenmesi hakkı yanında, bilgi alma hakkının kullanılıp sonuçsuz kalması halinde bilgi alma davası veya özel denetçi isteme haklarının kullanılması, aynı sonuca götürecek çok daha işlevsel bir yoldur.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Azlık pay sahiplerinin mali tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesini isteme hakkı, Alman Hukuku düzenlemeleri örnek alınarak hukukumuzda dâhil edilmiştir. Ancak söz konusu hüküm Alman Hukuku'nda çağdaş haklar karşısında işlevsiz kalması sebebiyle ilga edilmiştir. Keza İsviçre Hukuku'nda da var olan düzenlemeler yeterli olduğundan, mali tablolar ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesi hakkına İsviçre mevzuatlarında yer verilmemiştir. Bu hukuk sistemlerinde azlığın erteleme hakkından beklenen işlevi gören diğer haklar özellikle; bağımsız denetim, bilgi alma ve inceleme hakkı ve özel denetçi atanmasını isteme hakları olarak sıralanabilir. Bu işlevsel haklar çalışma kapsamında detaylandırıldığı üzere hukukumuzda da Alman ve İsviçre düzenlemeleriyle paralel olarak hüküm altına alınmıştır. Hatta hukukumuzda bilgi alma ve inceleme hakkının genel kurulda kullanılmasının, mehz düzenlemelerden farklı olarak, gereklilik şartına dahi tabi tutulmamış olduğu dikkate alındığında, bazı durumlarda hukukumuzdaki düzenlemelerin daha kapsayıcı ve koruyucu olduğu ifade edilebilir. Belirtilen haklar yakından incelendiğinde tümünün pay sahiplerinin oy hakkı başta olmak üzere, pay sahipliği haklarını etkin olarak kullanabilmelerine hizmet ettiği görülecektir.

Mali tabloların görüşülmesinin azlık talebiyle ertelenmesi hakkının düzenlenmesindeki amaç, gerek mehz düzenlemenin gerekçesinde, gerekse doktrin ve yargı kararlarında aynı şekilde ifade edilmektedir. Kanaatimizce bağımsız denetime tabi şirketlerde bağımsız denetim raporu, diğer şirketlerde de bilgi alma ve inceleme hakkıyla özel denetçi atanmasını isteme hakları aracılığıyla, erteleme hakkıyla ulaşılmak istenen menfaatten fazlasına ulaşılabilmektedir. Aynı zamanda bu hakların

sağladığı icrai mekanizmalar, erteleme hakkında bulunmamaktadır. Sonuç olarak TTK'nın 420. maddesi ile düzenlenen mali tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesi hakkının diğer düzenlemeler karşısında işlevsiz kaldığı kanaatindeyiz.

Bunun yanında Alman Hukuku'nda aranan, toplantının ertelenebilmesi için mali tablo kalemlerinin tek tek itiraza uğraması şartı, hukukumuzda aranmamıştır. Mevzuatımızdaki kaldırılan düzenleme mevcut halinde dahi kolayca suiistimal edilebileceği yönünde eleştirilirken, hukukumuzda bu hakkın, gerekçe/itiraz göstermeksizin erteleme talep edilebileceği şeklinde yorumlanması, onu suiistimale daha da açık hale getirmiştir. Hiçbir gerekçe dahi ortaya konulmadan salt azlık talebi ile mali tabloların görüşülmesinin ve buna bağlı olarak yönetim kurulunun ibrası gibi önemli konuların görüşülmesinin bir ay süreliğine ertelenmesi şirket işleyişini ve özellikle ticari olarak ivedilikle alınması gereken kararların alınmasını ciddi anlamda yavaşlatabilmekte, bunun yanında ek maliyetlere sebep olabilmektedir. Özellikle hızın ve dinamizmin oldukça önem arz ettiği çağımızda, teknolojinin gelişimi de dikkate alındığında, günlerin hatta saatlerin dahi şirketler için önem arz ettiği rahatlıkla ifade edilebilir. Durum böyleyken, asıl amacı oy hakkını etkin bir şekilde kullanmak olmayan kötü niyetli pay sahipleri, haklarını şirket aleyhine, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanabilmektedir. Bu anlamda kanaatimizce ilgili hakkın pay sahiplerine tanıdığı menfaate oranla, bu hakkın kötüye kullanımlara açık olması sebebiyle, tarafların menfaat dengesi göz önüne alındığında, erteleme hakkının kötüye kullanılması riski daha fazla olacaktır. Sonuç olarak TTK'nın 420. maddesinde düzenlenen mali tabloların ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesi hakkının kanunumuzdan çıkarılması yahut hakkın işlevsellik kazanacak ve kötüye kullanımlar önlenecek şekilde kanuni düzenlemenin güncellenmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKSOY İPEKÇİOĞLU**, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- ANSAY**, Tuğrul, "Anonim Şirketler Hukuku", AÜHF Yayınları, Ankara 1975.
- AKİPEK**, Seda, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2014, C. 1, Sa. Özel Sayı-Rona Aybay'a Armağan, s. 283-317.
- ARSLANLI**, Halil, "Anonim Şirketler C. I", 3. Bası, İstanbul1960,
- ARSLAN**, Kaya, "Özel denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı İle İlişkisi", Batider C.XXXI, S.1, s. 61-83.
- AYHAN**, Rıza, **ÇAĞLAR**, Hayrettin, **ÖZDAMAR**, Mehmet, "Şirketler Hukuku Genel Esaslar", Ankara2019.
- BİRSEL**, Mahmut, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İmran Öktem'e Armağan", Ankara 1970.
- BOZBEL** Savaş, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteletmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan", 2013, s. 347-355.
- BÖCKLI**, Peter, "Schweizerischer Aktienrecht, Schutthess", 4. Auflage, Genf 2009.
- ÇAKIRBAY**, Ahmet Sefa, "Finansal Tabloların Müzakeresinin Ertelenmesi", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 18, 2019, 417-438.
- ÇAMOĞLU**, Ersin, "Azınlığın Bilanço Erteleme Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan" C. I, İstanbul 2003, 287-295.
- DEMİRKIRAN**, Haydar, "Finansal Raporlamanın Güvenilirliğinin Sağlanmasında Bağımsız Denetimin Rolü: Bir Uygulama", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- DOĞANAY**, İsmail, "Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. I", 4. Bası, İstanbul 2004.
- DOLU**, Ali Murat, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı" İstanbul, 2017.

- DOMANIÇ** Hayri, "Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II.", İstanbul 1993.
- DUURSAMA** Dieter, **DUURSAMA-KEPLINGER**, Henriette, **ROTH** Marianne, "Handbuch zum Gesellschaft Recht", LexisNexis ARD Orac, Wien 2007.
- ERİŞ**, Gönen, "Ticari İşletme ve Şirketler, C. II", 3. Baskı, Ankara 2017.
- ERİŞ**, Gönen, "Gerekçeli Adliye Komisyonu Raporlu Madde Açıklamalı En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C I", Ankara 1987.
- FORSTMOSER**, Peter, **MEIER-HAYOZ**, Arthur, **NOBEL**, Peter, "Schweizerisches Aktienrecht", VerlagStämpfli+Cie AG Bern, 1996.
- GODIN**, Reinhard, **WILHELMI**, Hans, "Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937", 2. Auflage, Berlin 1950.
- HIRSH**, Ernst, "Ticaret Hukuku Dersleri", 3. Baskı, İstanbul 1948.
- İMREGÜN**, Oğuz, "Anonim Şirkette Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri", İstanbul1962.
- İMREGÜN**, Oğuz, "Anonim Şirketler", İstanbul 1968.
- KARASU**, Rauf, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", Batider C.XXIII, S.2, s. 73-114.
- KARSLIOĞLU**, Hasan, "Anonim Şirketlerde Genel Kurul", Ankara2019.
- KAYA**, Arslan, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", Ankara 2001.
- KENDİGELEN**, Abuzer, **UZEL**, Necdet, **SAVUR DEMİRKAYA**, Asena, **EVLEK**, Müge, **YILDIZ**, Nurgül, "Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2017)", İstanbul 2018.
- KENDİGELEN**, Abuzer, "Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler", İstanbul 2011.
- KÜHNBERGER**, Manfred, "Der Jahrsabschluss Rechnungslegung nach Handelsrecht", R. Oldenbourg Verlag, München 1996.
- MEMİŞ**, Tekin, "Şirketler Hukukunda Denetim", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 151-186.

- MEMİŞOĞLU**, Özgür, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi ve Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2014, C. 12, Sa. 133.
- MORITZ**, Hans Martin Christian, “Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach § 327 AktG”, Yüksek Lisans Tezi (Luusanne Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 2004.
- MOROĞLU**, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- MÜLLER** Ronald, **LIPP**, Lorenz, **PLUSS**, Adrian, “Minderheitschutz im schweizerischen Aktienrecht”, *Aktuell Juristische Praxis*, 05/2011.
- POROY**, Reha, **TEKİNALP**, Ünal, **ÇAMOĞLU**, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Baskı, İstanbul 2021.
- PULAŞLI**, Hasan, “Şirketler Hukuku Genel Esaslar”, 5. Baskı, Ankara 2017.
- PULAŞLI**, Hasan, “Şirketler Hukuku Şerh C I”, 3. Baskı, Ankara 2018.
- RAISER**, Thomas, “Recht der Kapitalgesellschaften”, Vahlen, 3. Auflage, München 2001.
- ŞENER**, Oruç Hami, “Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku”, 3. Bası, Ankara 2017.
- TEKİL**, Fahiman, “Anonim Şirketler Hukuku”, İstanbul 1993.
- TEKİNALP**, Ünal, “Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi”, *İÜHFM Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan Özel Sayı*, C. XLII, S.1-4, 1977, s. 233-243.
- TEKİNALP**, Ünal, “Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi”, *Türk Ticaret Kanunu’nun Otuzuncu Yıl Semineri*, İstanbul 1988.
- TEOMAN**, Ömer, “Bilanço Görüşmelerinin Azınlığın İstemi Üzerine Ertelendiği Genel Kurul Toplantılarında Yeni Yönetim Kurulu Seçilebilir mi? –Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Nedeniyle-, (Makale 49) Makalelerim II”, Ankara 2012.
- ÜÇİŞİK**, Güzin, **ÇELİK**, Aydın, “Anonim Ortaklıklar Hukuku C. I”, 1. Baskı, Ankara 2013.

YETKİN, Ece Selin, "TTK m. 420 Uyarınca Genel Kurul Toplantısının Ertelenmesi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 3653-3673.

WINCLER-KREAMER, Wolf, "Der Aktienrechtliche Minderheitenschutz", De Gruyter Verlag, Berlin und Liebig 1928.

ZORLUER, Onur, "Anonim Şirketlerde Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılmasına Karşı Çoğunluğun Korunması", Ankara 2021.

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'DE KAT MÜLKİYETİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN HUKUKİ TAHLİLİ

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ZORLU*

Öz

Türkler bin yıldan fazla İslam hukukunu bir hukuk sistemi olarak uygulamış ve zenginleştirmişlerdir. Türklerin İslam hukuk sistemine en önemli katkılarından bir tanesi de Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyedir. Mecellenin kat mülkiyetine ilişkin hükümlerinin güncel Türk pozitif hukuk kavramlarıyla açıklanması ve hükümlerinin ortaya konulması Mecelle'nin günümüz hukukçuları tarafından daha iyi anlaşılmasına da vesile olacaktır. Ülkemizde kat mülkiyetine ilişkin hukuki uyumsuzluklar bir hayli fazladır. Günümüz Türkiye'sinde insanlar genellikle barınma ihtiyacını maalesef çok katlı apartman tarzı mimari yapılarla bezenmiş kalabalık, ruhsuz ve soluk betonarme yapılarda gidermektedir.

Osmanlı şehirlerinde her dinden ve ırktan insanlar birlikte huzur içerisinde yüzyıllar boyunca yaşamışlardır. Mecelle hükümlerinde de barış ve kardeşlik ortamının bozulmayarak devam etmesi ve komşuluk ilişkilerini sağlamlaştırmak amacıyla kat mülkiyetini kısıtlayan hükümler mevcuttur. Mecelle'nin sırasıyla 1150, 1192, 1193, 1195, 1196, 1206 ve 1315'inci maddeleri kat mülkiyetini kısıtlayan hükümlerdir. İslam hukuku hükümlerinin kanunlaştırıldığı Mecellede, İslam ahlakı gereğince hükümlerin komşuların birbirleriyle en iyi şekilde geçinmelerini kolaylaştıracak şekilde tespit edilmeye çalışıldığı söylenebilir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Gaziantep, Türkiye | Asst. Prof., Gaziantep University, Faculty of Law, Department of Turkish History of Law, Gaziantep, Turkey.

✉ s.emrezorlu@hotmail.com • ORCID 0000-0002-8470-4296

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ZORLU Süleyman Emre, "Mecelle-İ Ahkâm-I Adliyye'de Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümlerin Hukuki Tahlili", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 543-570.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye • Mecelle • Kat Mülkiyeti • İslam Hukuku • Osmanlı Hukuku

LEGAL EVALUATION OF CONDOMINIUM LAW ARTICLE IN MECELLE-İ AHKAM-I ADLİYYE

Abstract

Turks have applied and enriched Islamic law as a legal system for more than a thousand years. One of the most important contributions of the Turks to the Islamic legal system is Mecelle-i Ahkam-ı Adliye. Explanation of the provisions of the Mecelle regarding condominium with current Turkish positive law concepts and revealing its provisions will provide a better understanding of Mecelle by today's member of the legal profession. Legal disputes regarding condominium ownership in our country are quite high. In today's Turkey, people generally meet their need for shelter in crowded, soulless and pale reinforced concrete structures decorated with multi-storey apartment-style architectural structures.

In Ottoman cities, people of all religions and races lived together in peace for centuries. In the provisions of the Mecelle, there are provisions that restrict condominium ownership in order to maintain the environment of peace and brotherhood without deterioration and to strengthen neighborly relations. Articles 1150, 1192, 1193, 1195, 1196, 1206 and 1315 of Mecelle are provisions restricting condominium ownership. It can be said that in the Mecelle, in which the provisions of Islamic law were enacted, the provisions were tried to be determined in a way that would make it easier for neighbors to get along with each other in accordance with Islamic moral values.

Key Words

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye • Mecelle • Condominium Ownership • Islamic Law • Ottoman Law

GİRİŞ

İslam inancına göre Hz. Adem'in geçici bir süreliğine kulluk vazifesini yerine getirmek üzere yeryüzüne gönderilmesiyle İslam hukuku hükümleri oluşmaya başlamıştır. Günümüzde var olan İslam hukuku ise Hz. Peygamber döneminden başlayarak sahabe ve tabiin dönemini esas almıştır. Bunun başlıca sebebi Kur'an-ı Kerim'in Hz. Peygamber'in

kalbine¹ indirilmiş olmasından dolayı, Hz. Peygamber’in yaşamı esas alınarak Kur’an-ı Kerimi en iyi şekilde anlamının ve İslam hukuku hükümlerinin güncel hayata tatbik etmenin metodunun Hz. Peygamber’in yaşamının esas alınmasıdır².

Hz. Peygamber günümüzde algılanan İslam hukukunun ilk uygulayıcısıdır. İslam hukuku halen günümüzde birçok devlet tarafından bir hukuk sistemi olarak uygulanmaktadır. Aynı zamanda ülkemizde arabuluculuk, tahkim³, uzlaştırma ve ombudsmanlık⁴ gibi hukuki kurumlar vasıtasıyla bir tercih olarak İslam hukuku hükümlerinin uyuşmazlıklara uygulanmasının önü açılmıştır⁵. Günümüz Türk hukukunda uyuşmaz-

¹ Furkan, 25/32 “İnkârcılar, “Kur’an ona bütünüyle bir defada indirilseydi ya!” diyorlar. Oysa biz onu senin kalbine iyice yerleştirmek için böyle yaptık ve onu uygun aralıklarla parça parça gönderdik.”.

² Şunu kesin olarak bilin ki, bana Kur’ân ve onunla beraber onun bir benzeri daha (Sünnet) verildi. Karnı tok bir hâlde rahat koltuğuna oturarak; “Kur’an’a sarılın; onda neyi helal görürseniz onu helal, neyi haram görürseniz onu da haram kabul edin!” diyecek bazı kimselelerin gelmesi yakındır. Şüphesiz ki Allah Rasûlünün haram kıldığı şey de Allah’ın haram kıldığı gibidir.” (Ebu Davud, Sünnet, 5; İbn Mace, Mukaddime, 2).

³ Tahkim müessesesinde tarafların iradesi İslam ve Osmanlı hukukunun gösterdiği çözüm yolu doğrultusunda ise hukuki uyuşmazlık bu doğrultuda çözümlenebilir. Mevcut Türk hukukunda bunu yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÜLKER İbrahim, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, SÜHFD., C. 28, S. 3, 2020, s. 1083-1110.

⁴ İsveç Kralı Demirbaş Karl Osmanlı Devleti’ne sığınmış ve Osmanlı Devleti’nin hukuk yapılanmasından etkilenecek ülkesinde Ombudsmanlık kurumunu ihdas etmiştir. Ombudsmanlık Kurumu hakkında tarihsel bilgi için bkz. FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Türkiye”, *Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, 09.03.2011; OKUR, Yaşar, “Ombudsmanlık Kurumu: Tarihi Gelişim ve Türkiye’de Başlangıçta Birkaç Öneri”, *Denetim*, S. 6, Ankara, 2011, s. 71-83; AYKANAT, Mehmet, *Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri*, Turkish Studies, Ankara, 2019, C. 14, S. 1, s. 91-110.

⁵ Ombudsman, ne hükümete ne de parlamentoya bağlı olmayan, tarafsız olarak faaliyet yürüten, idarenin eylem veya işlemlerinden doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören kişilerin herhangi bir şekli şarta bağlı olmaksızın buldukları şikâyetlere veya re’sen harekete geçerek soruşturma veya inceleme yapan, yönetenlerin takdir yetkisini kötüye kullanımını engellemek ve mevzuata uygun şekilde hareket etmelerini sağlamak üzere tavsiye niteliğinde kararlar alan ve hakkaniyete uygunluk denetimi yapan kimseyi ifade eder. KESER, Ahmet/ SUCU, Şadiye, *Türkiye’de Kamu Denetçiliği Politikasının Oluşturulması: Bir Kamu Politikası Analizi*, Türk Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Gaziantep, 2021, C. 6, S. 1, s. 51-53; Ombudsman hakkaniyet denetimi çerçevesinde tavsiye niteliğinde kararlar verirken alternatif çözüm olarak İslam hukuku hükümlerinden de faydalanabilir. Nitekim 2019 yılın-

lıkların yargı yolu ile değil, alternatif çözüm yolları ile çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Ceza hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uzlaştırma; özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk, tahkim; idare hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise Kamu Denetçiliği Kurumu, af, izaha davet vb. hukuki müesseselerle alternatif çözümler getirilmektedir. Uyuşmazlığı çözmekle görevli Arabulucu, başka hukuk sistemlerinden yararlanabileceği gibi, taraflar kendilerine uygulanacak kurallar silsilesini de seçebilirler. Örneğin iki komşu aralarındaki uyuşmazlığın Mecelle hükümlerine göre çözümlenmesini hakemden talep edebilirler⁶. Aynı şekilde arabuluculuk esas itibarıyla karar uygulama yetkisine sahip olmayan bir kişi tarafından, gönüllülük esasına dayalı olarak taraf iradeleri ile çatışmanın sonlandırılmasına dayanır⁷. Arabulucu tarafları dinleyecek ve bir uzlaşma zemini elde ederek çatışmayı sonlandıracaktır. Arabuluculuk süreci tamamen taraf iradelerine dayandığından dolayı pekâlâ iki komşu aralarındaki çatışmanın Mecelle hükümlerine göre sonlandırılması noktasında hemfikir olabilirler veya bu gibi süreçlerde Mecelle hükümleri arabuluculara taraflara çatışmayı sonlandırabilecek teklif önerisinde bulunurken fikir verebilir⁸.

da Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından kamu kurum ve kuruluşlarının yöneticilerine hakkaniyete uygun yönetim sergilemeleri amacıyla yardımcı bir kaynak olarak çıkartılan "İyi Yönetim İlkeleri Rehberi" isimli kitapta, Türk-İslam Medeniyetlerinden örnekler ve güzel uygulamalar örnek olarak tavsiye edilmiştir., Ayrıntılı bilgi için bkz. T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, Ankara, 2019.

- ⁶ ÜLKER, İbrahim, "Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün mü?", 2. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, 23-25 Mart 2018, Kudüs, Bildiriler, Ankara, 2018, s. 464-465.
- ⁷ Andrew Goodman, Arabuluculuğa Hazırlanmak, (Çeviren: Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın), Ankara, 2017, s. 5; Council Of Europe, Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, Ankara, 2017, s. 7.
- ⁸ Günümüzdeki arabuluculuğa benzer bir kurum olan muslihun aracılığıyla Osmanlı Devleti'nde uyuşmazlıkların bir kısmı sulh yoluyla sonuçlandırılmıştır. Muslihun vasıtasıyla varılan kararlarda taraf iradelerinin uyuşmasına önem verildiği arşiv belgelerinden anlaşılmaktadır. KILINÇ, Ahmet, *Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu*, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiriler, İstanbul, 2016, c. 2, s. 26.

Türkler İslam hukukunu bin yıldan uzun bir süre boyunca uygulamış ve zenginlik katmıştır. Hz. Ali ve Muaviye kavgasına karışmayan ve sonradan İslamiyet’i kabul eden Türk Milleti, genel olarak İslam hukukunu geçmiş kavga ve ayrışmalara takılmayarak sahabe ve tabiin döneminde oluşan hükümleri bağımsız ve tarafsız olarak ele alarak objektif bir şekilde değerlendirmiştir. Türklerin İslam hukukuna en büyük katkılarından birisi de Mecelledir⁹. Mecellenin kat mülkiyeti hükümlerinin günümüz hukuk kavramlarıyla ortaya konulması, özellikle arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kat mülkiyetinden kaynaklı uyuşmazlıklarda arabuluculara fayda sağlayacağı gibi, hukukun yardımcı kaynaklarından olan doktrine, özellikle hukuka ve hakkaniyete göre karar vermekle görevli yargı teşkilatına zenginlik kazandıracaktır.

Günümüz Türkiye’inde genel geçer konut tipi, kentlerde artan nüfusun barınma ihtiyacını karşıladığı için çok katlı apartmanlardır. Apartman yaşamı, mahremiyet ve özel hayatın gizliliği anlamında Türk-İslam aile hayatına pek uygun değildir. Maalesef şehirlerimize, ülkemizin artan nüfusunun barınma ihtiyacının karşılanması amacıyla düz ve maliyeti en aza indirilmiş, kültürel bir kimliğe sahip olmayan betonarme apartmanlar hâkimdir.

Günümüzde hukuki uyuşmazlıkların bir kısmı da apartman yaşamının muhtemel çatışmalarından kaynaklanmaktadır. Bu uyuşmazlıklara alternatif çözüm yolu olarak İslam hukukunu en güzel şekilde uygulayan dünya Müslümanlarının son hilafet kurumu sahibi yüce Türk milletinin hukuk tarihine bakmak çalışmamızın ana gayesidir.

⁹ Selçuklu Devleti’nde Tuğrul Bey döneminde Kadıların büyük çoğunluğu Hanefi mezhebinden atanmaya başlamış, Osmanlı Devleti’nde resmi mezhep Hanefi mezhebi olmasına rağmen ilk dönemde diğer mezheplerin görüşlerinden de faydalanılmıştır. 16. Yüzyıl ortalarında resmi mezhep olarak Hanefi mezhebi esas alınmış diğer mezheplerin görüşlerinden faydalanılmamıştır. Mecelle’de bu yaklaşım tarzı doğrultusunda daha çok Hanefi mezhebi görüşleri doğrultusunda hazırlanmıştır. Resmi mezhep anlayışı Osmanlı Devleti’nin son yıllarında ancak aşılabılmış ve 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi diğer mezhep görüşlerinden de faydalanılmak suretiyle hazırlanmıştır. Bkz. CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 2011, s. 88-89.

I. Kat Mülkiyeti Kavramı ve Mecellenin Yazıldığı Dönem Açısından Değerlendirilmesi

Bu başlık altında öncelikle kat mülkiyeti kavramı izah edildikten sonra, Tanzimat Dönemi olarak adlandırılan mecellenin yazıldığı dönemdeki kentleşme açısından kat mülkiyeti değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Osmanlı Devleti Tanzimat Fermanı ile birlikte kurumsal anlamda yeniden yapılanma sürecine girmiştir. Tanzimat döneminin gayesi devletin idare mekanizmasının düzeltilmesi, İslam hukukunun kaide-lerini esas alan bir devlet ve idare mekanizmasının oluşturulması, keyfi ve şahsi idarenin sonlandırılarak merkezi idarenin kuvvetlendirilmesi şeklinde özetlenebilir¹⁰.

A. Kat Mülkiyeti Kavramı

Kat mülkiyetine ilişkin çeşitli tanımlar yapılmış olsa da günümüzde genel olarak kabul edilmiş tanımı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun birinci maddesinde düzenlenmiştir¹¹. Yine Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasında "*kat mülkiyeti arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.*", denmektedir. Bu maddeden yola çıkarak genel bir tanım yapacak olursak kat mülkiyeti, tamamlanmış kullanıma hazır hale gelmiş bir yapının, taşınmaz maliki veya o taşınmaza ortak olmuş diğer malikler tarafından, kullanılmaya elverişli bağımsız bölümlerinde, ayrı ayrı veya başlı başına kurulan bağımsız mülkiyettir¹².

Kat mülkiyeti taşınmaz üzerinde kurulur. Taşınmaz Mecellenin 129. maddesinde "*Gayr-ı menkul, akar denilen hane ve arazi misillü mahall-i ahara nakli mümkün olmayan şeydir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Akar keli-

¹⁰ TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk/YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2011, s. 21; KILINÇ, Ahmet/YILDIRIM, Davut, Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, (Editör: Nuran Koyuncu/Abdulkadir Yıldız), Konya, 2021, s. 175.

¹¹ KMK 1. Mad: "*Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre, bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir.*".

¹² AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II (Mülkiyet), Ankara, 2020, s. 536; ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, Ankara, 2019, s. 603; İLGEZDİ, Ali Rıza, Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara, 2019, s. 41.

mesi kiraya vermek suretiyle gelir elde edilen şeyler için kullanıldığı gibi gayrimenkul anlamında da kullanılmaktadır. Malikilere göre niteliği değiştirilmeden bir yerden başka bir yere taşınamayan şeyler de gayrimenkuldür¹³.

Hanefiler arazi üzerinde bulunan ağaçları ve binaları iki farklı açıdan ele alarak nitelendirmeye tabi tutmuşlardır. Ağaçlar ve binalar tek başlarına menkul, arazi ile birlikte ele alındığında ise gayrimenkuldür. Mecellenin 129. maddesinde de “*hane ve arazi misillü*” denilerek arazi üzerindeki taşınmazlar, arazi ile birlikte gayrimenkul olarak nitelendirilmiştir¹⁴.

B. Kat Mülkiyeti Kavramının Mecellenin Yazıldığı Dönem Açısından Değerlendirilmesi

Günümüz hukukunda bağımsız bölümde kurulmuş olan kat mülkiyetine, arsa payı ve ortak alanlarda bulunan müşterek mülkiyet payı da dâhildir. Yani kat mülkiyeti sahibi olanlar, ortak alanlarda da, binanın arsası üzerinde de kat mülkiyeti oranlarınca paylı mülkiyete sahiptirler¹⁵.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere kat mülkiyeti daha çok apartman tarzı yapılarda söz konusudur. Kat mülkiyeti kavramı Mecellenin yazıldığı döneme göre yeni bir kavram ve hukuki kurumdur. Zira Mecelle 1869-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa önderliğinde uzman Osmanlı hukukçuları tarafından uzun çalışmalar neticesi oluşturulmuş bir kanun derlemesidir. Tanzimat döneminde düalist bir yapı oluşmuştur. Bir tarafta Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1840 Ceza Kanunnamesi veya 1858 Arazi Kanunnamesi vb. İslam hukukuna uygun, yerli ve milli olarak

¹³ ŞAFAK, Ali, Akar, TDV İslam Ansiklopedisi, 1989; ALİ ŞAFAK, "AKAR", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/akar> (01.03.2022).

¹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürer’ül-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, (Çeviren: Raşit Gündoğdu, Osman Erdem), C. 1, İstanbul, 2017, s. 214; KAŞIKÇI, Osman, “Mecellede Kat Mülkiyeti”, *AÜHFĐ*, C. 2, S. 1, Erzincan, 1998, s. 140.

¹⁵ ERMAN, Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2017, s. 136; SİRMEN, A. Lale, *Eşya Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2017, s. 448; Kemal OĞUZMAN ve Özer SELİÇİ, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 460-461; BOZKURT, Muhammed Fatih, *Türk Hukukunda Kat Maliklerinin Hakları ve Yükümlülükleri*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 13.

hazırlanan diğer tarafta tartışmalı olmakla birlikte 1850 Ticaret Kanunu 1879 Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu vb. batıdan alınan kanunlar aynı zamanda yürürlükte kalmışlardır. Ayrıca o dönemde Şeriyeye Mahkemeleri ve Nizamiye Mahkemeleri şeklinde de bir ayrım söz konusudur. Batıdan alınan kanunların uygulanacağı mahkeme Nizamiye Mahkemeleri iken yerli ve milli kanunların uygulanacağı mahkemeler ise Şeriyeye Mahkemeleridir¹⁶.

O tarihlerde Osmanlı coğrafyasında mesken olarak kullanılan yapılar genellikle müstakil ev veya yalı şeklindeydi. Osmanlıda ise apartman olarak nitelendirilen ilk yapı 2. Abdülhamit Han döneminde (31 Ağustos 1876 – 27 Nisan 1909) “*Serasker Rıza Paşa Konağı*”dır. Bu konağa “*Letafet Apartmanı*” denilmiştir¹⁷. Aslında Osmanlı Devleti’nde Yahudi cemaatinin birden fazla ailenin birlikte yaşadığı çok katlı yapılar mevcuttu. Hatta bu yapıların bazıları tek odalar şeklinde kiraya da verilmekteydi. Bu yapılara “*yehudhane*” denirdi. Ancak bu tip yapıların sadece Yahudi cemaati mensupları tarafından tercih edilmesi ve apartman yaşam ve kültürünün aile mahremiyeti anlamında İslam kültürüyle çok bağdaşmamasından dolayı, apartman konut sistemi Osmanlı ülkesinde karşılık bulmamıştı. Sanayi devriminin Osmanlıda karşılık bulmaya başlamasıyla kentleşmenin artması ve kentlerde artan nüfus yoğunluğunun konut problemine sebep olması ve bu problemin yegâne çözümü olan çok katlı apartmanlar, bu tarihten sonra Osmanlı coğrafyasına yayılmaya başlamıştır¹⁸.

Osmanlı hukukunda Mecelleden önce de çok katlı yapılar sebebiyle oluşacak hukuki problemlerin çözümüne ilişkin fetvalar vardı. Bu

¹⁶ KILINÇ/YILDIRIM, *Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması*, s. 176-177.

¹⁷ SAKAOĞLU, Necdet, *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi*, C. 5, İstanbul, 1994, s. 203; DEMİRARSLAN, Deniz, “Değişen Yaşam Düşlenen İstanbul: Beyoğlu ve Yel Değirmeni’nde Konut Olgusu”, S. 162, *Tasarım*, İstanbul, 2006, s. 88-94; KILIÇ, Mimar Ergün, XIX. Yüzyıl Sonu Batılılaşma Hareketlerinin Pera/Beyoğlu’nda Apartmanlaşma Sürecine Etkileri ve Mimari Yansımalar, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Dr. Öğr. Ü. Lerzan ARAS, İstanbul, 2009, s. 66.

¹⁸ DEMİRARSLAN, s. 88-94; KILIÇ, s. 67.

fetvalar aslında kat mülkiyetine ilişkindi¹⁹. Osmanlı devletinde şeriyye sicillerinde kat mülkiyetine ilişkin birçok hükme rastlamaktayız. Örneğin 1765-1767 yılları arasında tutulan 25 numaralı İstanbul Şeriyye Sicilinde alt kata sahip bir kişi üst katta oturana deprem sebebiyle zarar gören dairesini tamir etmesi için izin vermemesinden bahisle dava açmış ve davayı kazanmıştır.

“Keşif Sancakdâr Hayreddin mahâllesinde

Ma’rûz,

Sâdır olan fermân-ı âlîlerine imtisâlen savb-ı şer’-i şerîf-i enverden irsâl olunan keşif nâibimiz es-Seyyid Halil Efendi ve Haremeyn-i muhteremeyn müfettişi Ahmed Necib Efendi dâ’ileri tarafından mürsel Mehmed Samih Efendi ve Hâssa mi’mârlarından Hasan ve es-Seyyid Mustafa halîfeler ve sâir ümenâ-yı şer’le mahmiye-i İslambol’da Samatya kapısı dâhilinde Sancakdâr Hayreddin mahâllesinde vâki’ süflâ Bâbüssa’âde Ağası Yakub Ağa Vakfı’ndan Dergâh-ı âlî kapıcıbaşılarından Halil Ağa b. el-Hâc Ahmed tasarrufunda kâfirî kârgîr zîr-i zemîn bürüncükhâne ebniyesi ve ulvî Harbetî Mustafa Ağa nâm sâhibü’l-hayrın Fındıklı’da binâ ve icrâ eylediği çeşmesi vakfından Agob v. Asvador zimmî tasarrufunda bir bâb menzil olup sebkat eden zelzeleden inhidâma mâil mahâlleri hedm olunan ebniye arsası üzerine varıp akd-i meclis-i şer’-i kavîm eylediklerinde Yakub Ağa Vakfı mütevellîsi Hâfız Mustafa Efendi tarafından vekîl-i müsecceli câbî-i vakıf Mehmed Arif Efendi ile Mustafa Vakfı mütevellîsi es-Seyyid Mehmed Emin Efendi hâzırân oldukları hâlde zikr olunan bir bâb münhedim menzile mutasarrıf olan mesfûr Agob zimmî tarafından vekîl olduğu Berber Veliyüddin b. Hüseyin ve Mustafa Beşe b. Abdullah şehâdetleriyle sâbit Haçador v. Avanis zimmî meclis-i ma’kûd-ı mezkûrda mûmâ-ileyh Halil Ağa mahzarında müvekkilim mesfûr Agob zimmî menzilinün mi’mârân-ı mezbûrân misâhaları üzere terbî’an yüz dört buçuk zirâ’ mahâlli kârgîr-i mezkûr ulvîde olup bi’l-vekâle binâ ve i’âde murâd eylediğimde mûmâ-ileyh Halil Ağa hâlâ men’ eder deyü da’vâ ve Halil Ağa dahi cevâbında müvekkil-i mesfûrun menzi-

¹⁹ İslam hukukçuları binanın alt ve üstünde oturan kişilerin mülkiyet haklarına komşuluk hakkı sebebiyle birçok kısıtlama getirmişlerdir. Bu kısıtlamaların sırf komşuluk hakkı ile ilgili olmadıkları bir kısmının inşaat hakkı ile ilgili oldukları görülmektedir. Bkz. HACAK, Hasan, *İrtifak*, TDV İslam Ansiklopedisi, 2000; HASAN HACAK, "İRTİFAK", TDV İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/irtifak> (01.03.2022).

*linin ol mikdârı kârgîr-i mezkûrun üzerinde olduğunu ikrâr, lâkin menzil-i mezkûrun süflünde olan kemer münhedim olmağla ben kemer-i mezkûru binâ eder isem ol dahi [153] menzilini binâ eder deyü süflünü binâdan ibâ etmekle kütüb-i fetâvâda "Tahtânîsi Zeyd'in mülkü ve fevkânîsi Amr'ın mülkü olan menzilin fevkânîsi zelzeleden münhedim olup Amr menzilini ke'l-evvel binâ ve i'âde etmek murât etdikde Zeyd râzi olmayıp Amr'ı menzilini binâdan men'a kâdir olmaz" deyü tasrîh olunan fetvâ-yı şerîfe mûcebince mezbûr Halil Ağa süflünü binâ etmemekle mesfûru ulvini binâdan men'a şer'an kâdir olmadığına mûmâ-ileyh Halil Ağa'ya tenbîh olunduğunu mezbûrân dâ'ileri mahâllinde tahrîr ve gelip ümenâ-yı şer'le inhâ eyledikleri bi'l-iltimâs huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu."*²⁰

II. Mecellede Yer Alan Kat Mülkiyetine İlişkin Hükümler

A. Genel Olarak

Mecellenin hazırlandığı dönemde apartmanların son derece az olması sebebiyle Mecellede kat mülkiyetine müstakil bir yer verilmemiştir. Ancak kat mülkiyetine ilişkin dağınık halde hükümler mevcuttur²¹.

MAA 1194 "Kim ki bir yere malik olursa mafevokine ve matahtına dahi malik olur. Yani mülkü olan arsada istediği ebniyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zemini hafr ile mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak gibi tasarrufata muktedir olur." hükme göre bir arsaya malik olan, malik olduğu yerde yerin altına doğru istediği derinliğe inebilir veya gökyüzüne doğru istediği kadar tasarrufta bulunabilir. Bu hükmün ilk fıkrasına dayanarak bazı yazarlar Mecellenin genel olarak kat mülkiyetini tanımadığının söylenebilir olduğunu ileri sürmüşlerdir²². Ancak madde metninden de anlaşılacağı üzere ikinci fıkra birinci fıkrayı açıklayıcı ma-

²⁰ İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Sicil (H. 1179-1180 / M. 1765-1767) cilt: 76, sayfa: 317 Hüküm no: 354 Orijinal metin no: [152-1].

²¹ KAŞIKÇI, s. 135; MARDİN, Ebül'ula, *Kat Mülkiyeti*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1948, s. 8-10; AVCI, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2020, s. 455.

²² "Bu sebeple genel kural açısından bakıldığında Mecellede kat mülkiyetinin kabul edilmediği söylenebilir.", (bkz. KAŞIKÇI, s. 136); "Bu hükme göre bir yerin maliki, o yerde istediği derinliğe inebilir veya gökyüzüne doğru istediği kadar çıkabilmektedir. Bundan dolayı Mecelle, kat mülkiyeti sistemini kural olarak kabul etmemektedir.", (bkz. BOZKURT, s. 3).

hiyette ve arsadan bahsedildiğini belirtmektedir²³. Ayrıca velev ki böyle bir hüküm olmasın günümüz hukukunda olduğu gibi ana kuralı istisnalar bozamaz. Örneğin günümüz hukukunda da taşınmaz mülkiyeti bir ayni haktır ve bu ayni hakkın istisnaları olarak kat mülkiyeti ve şufa hakkı sayılır²⁴. Ancak hiç kimse Türk pozitif hukukunun kat mülkiyetini genel olarak tanımadığından bahsedemez, çünkü bir istisna olarak gerek kat mülkiyetine gerekse şufa hakkına müstakil yer ve düzenlemeler getirilmiştir. Mecellede de kat mülkiyetine ilişkin birçok düzenleme mevcuttur ve hakkın doğası gereği ayni hakkın istisnasıdır, doğrudan olmasa da dolaylı olarak tanınmıştır denilebilir.

Gerçekten de mülkiyet hakkının içeriği başlıklı Türk Medeni Kanunu’nun 683. Maddesi: *“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”* hükmünü haizdir. Görüleceği üzere MAA’nın 1194. Maddesi ile benzerlik arz eder. Ayrıca yine Türk Medeni Kanunu’nun *“Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Bütünleyici Parça”* başlıklı 684. Maddesine göre *“Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur. Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.”* hükmünü içermektedir. Görüleceği üzere medeni hukuk ve eşya hukukuna hâkim olan genel ilkeler MAA’nın hükümleri ile benzerdir.

Ayrıca Mecellenin 1192. maddesinin ikinci fıkrasında üst kat birinin alt kat başkasının ise diye başlamakla Mecellenin öncelikle üst hakkı olmak üzere aynı zamanda kat mülkiyetini de açıkça tanıdığı söylenebi-

²³ *“Yoksa 1192. madde vechile fevkani birinin ve tahtani diğerinin olunca, fevkaniye malikolan bu maddeye istinaden “ma-tahtına da malikim” yahut tahtaniye malik olan “ma-fevkine dahi malikim” diyemez. Ve yek-diğein tasarrufuna mani’ olamaz.”*, (bkz. Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2155).

²⁴ *“Kat Mülkiyeti Kanunu, Eşya Hukuku Sistemimizin belirlilik prensibine aykırı biçimde, eski Cermen Hukukunun mülkiyet anlayışına yaklaşan bir tarzda bir binanın kat vb. bağımsız bölümlerini birer bağımsız mülkiyet konusu saymıştır.”*, (bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2017, s. 608); *“Zaman içinde paylı mülkiyete dayalı irtifak hakkı tesisi şeklindeki çözümün yetersiz kaldığı görülünce, Medeni Kanununun bütünleyici parça ilkesine istisna teşkil eden 23.06.1965 tarih ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kabul edilmiştir....”*, (bkz. AYAN, *Eşya Hukuku II (Mülkiyet)*, s. 535).

lir²⁵. Dönemin mevcut kullanılan mesken yapıları ele alındığında daha fazlasını beklemek zaten abesle iştigaldir.

Osmanlı Devleti'nde tutulan şerhiye sicillerinde çok katlı yapılar- da bulunan hisse paylarının satıma konu oldukları açıkça görülmekte- dir. Satım konusu taşınmazların belirginleştirilmesi adına taşınmazın dört tarafında mevcut yapılar da satım konusu şerhiye sicillerine yazı- lırdı. Osmanlı devletinde tapu sicil kayıtları tutulmakla birlikte tapu sicili ile şerhiye sicili çatışırsa şerhiye sicilleri esas alınır²⁶.

“Medîne-i Üsküdar’a muzâfe Adalar nâhiyesine tâbi’ Kartal kasabasında mütemekkin Kestahon? v. Agob zimmî meclis-i şer’-i hafîr-i lâzimü’t-tevkîrde li-ebveyn er karındaşı işbu râfi’ü’r-rakîm Markos zimmî muvâcehesinde ikrâr ve takrîr-i kelâm edüp kasaba-i mezbûrda vâki’ etrâf-ı erba’ası Vartan zevcesi menzili ve benim âhar menzirim ve Karabet Dülger veresesi menzili ve tarîk-i âm ile mahdûd fevkânî iki bâb oda ve tahtında ahır ve bir mikdâr avlu ve kazgan ocağı ve yetmiş zirâ’ bahçeyi müştemil mülk menzilin nısfı benim olup ve nısf-ı âharı karındaşım merkûmun olmağla el-hâletü hâzihi ben menzil-i mezkûrda olan nısf hissem mukâbelesinde yetmiş zirâ’ bahçeyi ve kazgan ocağını bana ta’yîn ve tahsîs ve teslîm edüp ben dahi ber-vech-i muharrer ahz ü tesellüm ve kabz u kabûl eyleyüp menzil-i mezkûrun derûnunda vâki’ bi’r-i mâ ve karındaşım merkûm Markos ile müşterek olmak üzere ta’ahhüd eyledikten sonra men- zil-i mahdûd-ı mezkûrun nısfı karındaşım merkûm Markos zimmînin mülk-i mahzı olmuşdur vechen mine’l-vücûh benim alâka ve medhalim yokdur dedikde kayd.”²⁷

MAA 1194. maddesi arsa mülkiyetinin tek başına mülkiyet olduğu hallerde söz konusudur. Aynı şekilde bir iş hanında odalar şeklinde bir- çok dükkân olmakla beraber on odadan bir tanesi başka bir kimseye aitse ve iş hanı yangında yanarak çökmüş ve tekrardan inşa olmuşsa

²⁵ MAA, 1192. md; Aynı şekilde MAA, 1150. md.

²⁶ Osmanlı hukukunda hüccet kesin delil niteliğindedir. Bkz. ÜLKER, İbrahim, Os- manlı Klasik Dönem Yargılama Hukukunda Yazılı Belge ve Kadıların Noterlik Gö- revi, Editör: Mustafa Avcı, Konya, 2017, s. 133.

²⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, Adalar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, proje yönetmeni M. Akif Aydın, editör Coşkun Yılmaz, İstanbul, 2010, C. 75, s. 63, Hüküm no: 55.

dokuz oda sahibi tek oda sahibine odasını yeniden oluşturması için hiçbir şekilde engel olamaz²⁸.

Ayrıca söz konusu madde birlikte mülkiyet hallerinde arsanın tasarrufuna ilişkin kararların birlikte alınmasıyla yine uygulanabilir. Örneğin iki kişi bir arsa üzerinde müşterek mülkiyet halinde iseler bu kişiler birlikte karar almak kaydıyla o arsada istedikleri kadar derinlikte kuyu kazabilirler ya da istedikleri yükseklikte bina yapabilirler. Tabi bunları yaparlarken diğer kanuni düzenlemelere de riayet etmeleri gerekmektedir²⁹. Örneğin şehrin su kaynaklarının yakınında arazisi olan bir şahıs arazisinin su kaynağına yakın kısmında hayvanları için derin lağım kazamaz.

Görüleceği üzere MAA’nin 1194. maddesi ile Türk Medeni Kanunu’nun 683. maddesi son derece benzerdir. Günümüz hukuku ile Mecelle temel prensipler anlamında da birçok benzerliklere sahiptir. Mecelle’nin özellikle ilk 100 maddesinin hemen her birine, Türk Medeni Kanunu’nun birçok maddesinin benzer veya aynı içerikte olduğu söylenebilir³⁰. Mecelle’nin yazıldığı dönemde tapu siciline güven ilkesinin henüz yerleşmemiş olması ve çok katlı yapıların henüz yaygınlık kazanmamış olması kat mülkiyetine ilişkin hükümlerin az sayıda olmasına sebeptir.

B. Mecelle’de Kat Mülkiyetini Kısıtlayan Hükümler

Son derece kozmopolit bir yapıya sahip olan Osmanlı toplumunda bireyler, farklı din ve geleneklere sahip olsalar da uzun yıllar barış içerisinde yaşamışlardır. Mecelle hükümlerinde de bu barış ve kardeşlik ortamının bozulmaması için komşuluk ilişkilerine kat mülkiyetini kısıtlayan hükümler getirilmiştir. Mecellenin temel dayanağı olan İslam hukuku ve İslam ahlakı gereğince, söz konusu hükümlerin komşuların birbirleriyle en iyi şekilde geçinmelerini kolaylaştıracak şekilde tespit edilme-

²⁸ Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2155.

²⁹ İslam hukukçularının çoğuna göre hakkın kullanılması başkalarının zararına olmamalıdır, böyle bir durum olursa söz konusu hak kısıtlanabilir. Bkz. AVCI, s. 448.

³⁰ Prof. Dr. Ahmet Akgündüz’ün Mecelle hükümleri ile Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerini madde madde karşılaştırdığı eser için bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, İstanbul, 2013.

ye çalışıldığı söylenebilir. Komşuluk ilişkisinin hasar görmemesi hükümlerin genel amacıdır.

Öncelikle günümüz medeni hukukunda da uygulanagelen mülkiyet hakkının kötüye kullanılmaması ilkesine Mecellede açıkça yer verilmiştir. MAA'nın 1197. Maddesi: "*Hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz; meğer ki başkasına fahiş zararı olsun*" şeklindedir.

Mecellenin 1195 ve 1196'ncı maddeleri de 1197'inci madde ile ilgilidir. Bu maddelere bakacak olursak:

MAA 1195 "*Kimesne hanesinde ihdas eylediği odasının saçağını komşusunun hanesi üzerine uzatamaz.*"

Kat maliklerinden birisi diğerinin mülkiyet alanına saygı göstermek zorundadır. Yine aynı şekilde bir balkondan başka bir kat malikine ait balkona merdiven çıkarılamaz veya köprü atılamaz.

Söz konusu maddede geçen "*ihdas etmek*" sözünden hareketle Ali Haydar Efendi kadimden, yani uzun zaman önce inşa edilmiş yapıların saçaklarının komşu sınırı ihlal ettiği durumlarda, komşunun yeni bir yapı inşa etmek istediğinden bahisle saçakların yıktırılmayacağını belirtmiştir. Söz konusu madde imara ilişkin olduğundan yapılmış bitmiş birçok yapıyı ilgilendirmektedir. Karışıklığı engellemek üzere Ali Haydar Efendi'nin bu görüşe Mecelle şerhinde yer verdiği söylenebilir. Günümüzde de imara ilişkin kanunlaştırmalar geleceğe etki etmektedir. Örneğin kat mülkiyetine ilişkin yapılaşmalarda yangın merdiveni veya otopark zorunluluğu gibi getirilen yükümlülükler tamamlanmış yapılara değil imar izni alacak yapılara getirilmiş bir zorunluluktur. Bazı uygulamalar bu duruma da istisna teşkil edebilmektedir. Örneğin yalıtım zorunluluğu ve ısı pay ölçer uygulaması bu duruma istisna olarak belirtilebilir.

Türk Medeni Kanunu'nda yukarıda bahsedilen Mecelle hükmüne benzer olarak taşınmaz mülkiyetini kısıtlayan birçok madde mevcuttur. Söz konusu maddeye en yakın düzenleme ise "komşu hakkı" başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 737. Maddesidir³¹. Bu maddeye göre yerel

³¹ TMK, Madde 737- "*Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre kom-*

âdete uygun ve kaçınılması imkânsız olan taşkın yapılar denkleştirmeye konu olmaktadır.

MAA 1196 *“Bir kimsenin bahçesindeki ağacın dalları komşusunun hanesi yahut bahçesi üzerine uzamış olsa ol dalları bağlayıp da geri çektirmek yahut kestirmek ile kendi havasını tefriğ ettirmeğe salahiyeti vardır.”*

Söz konusu maddenin konusu her ne kadar sadece hane ve bahçeye uzamış dallar olsa da, komşu tarlaya uzayan dallar da hükmün kapsamındadır. Komşu taşınmaza uzayan dallar iki kısma ayrılmıştır, bunlar kesilmeden bağlanıp geri çekilebilenler ve bağlanıp geri çekilmesine imkân olmayanlar şeklindedir. Dallar sebebiyle işgale uğrayan taşınmaz maliki, ağaç sahibi komşusuna taşkın giderilmesi için talepte bulunmuş ve olumsuz yanıt almış ise bağlanıp geri çekilmesi mümkün olan dalları kendisi kesemeyeceği gibi mahkeme kararıyla dahi kestiremez, bu dallar ancak bağlanmak suretiyle işgal önlenebilir. Geri çekilmesine imkân bulunmayan dallar ise işgale uğrayan taşınmaz maliki tarafından mahkeme kararıyla kestirilebilir³².

Türk Medeni Kanunu’nda Mecelledeki bu hükme konu itibariyle son derece benzeyen bir madde bulunmaktadır.

TMK Madde 740- *“Komşunun arazisine taşarak zarar veren dal ve kökleri, onun istemi üzerine uygun bir süre içinde kaldırılmazsa, komşu bu dal ve kökleri kesip kendi mülkiyetine geçirebilir.”*

Ekilmiş veya üzerine yapı yapılmış arazisine dalların taşmasına katlanan komşu, bu dallarda yetişen meyvaları toplama hakkına sahip olur. Komşu oranlar hakkında bu hükümler uygulanmaz.”

Görüleceği üzere Türk Medeni Kanunu’na göre, komşu arazi veya bahçede bulunan ağaç dalları taşınmazına taşan malik, önce uyarıda bulunacak, bu uyarı neticesi söz konusu taşkın giderilmesi için makul

şular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır. Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.”.

³² Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2156-2157.

bir süre bekleyecek, uyarısı dikkate alınmadı ise dalları kesme yetkisini kullanabilecektir³³.

İlgili maddenin ikinci fıkrasına göre ise komşu ağaç dallarının kendi taşınmazına taşmasına katlanan malik, ağaç dallarında yetişen meyveleri toplayabilir. Zira dalların sarkması sebebiyle kendi taşınmazı güneş, rüzgâr, hareket alanı vb. kısıtlamalara maruz kalmıştır³⁴.

MAA 1150- “İki kişi beyninde müşterek bir hanenin fevkanisi birine ve tahtanisi diğerine i'ta olunmak üzere kısmet murad olundukda gerek fevkani ve gerek tahtani takvim olunarak kıymet i'tibarıyla taksim olunur.”

İlgili hükmün şerhinde Ali Haydar Efendi özellikle iki katlı yapılarda alt kat ile üst katın değerlerinin farklı olduğu, zira alt kata kuyu, sarnıç, ahır vb. eklentiler eklenebilir iken üst kata bu gibi yapıların yapılamadığını belirtmiştir³⁵.

İlgili hükmü kat mülkiyeti anlamında yorumlayacak olursak özetle bir gayrimenkul üzerinde müşterek mülkiyet halinde ikamet edenlerin bu mülk üzerindeki hakları kıymet takdir edilirken hangi katta oturuyor iseler o katın değer nisabının dikkate alınması gereği hüküm altına alınmıştır. Yani bir apartman dairesinde oturan kimseler apartmanı satın ortaklığı giderecek iseler her birine eşit pay değil oturdukları katın değerinin verilmesi hüküm altına alınmıştır.

MAA-1192 “Herkes mülkünde keyfe ma-yeşa tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı ta'alluk ederse maliki mülkünde istiklal üzere tasarrufdan men eder.

Mesela, fevkanisi birinin ve tahtanisi diğerin mülkü olan ebniyede fevkani sahibinin tahtanide hakk-ı kararı ve tahtani sahibinin fevkanide hakk-ı sakfı yani güneşden ve yağmurdan tesettür ve tahaffuz hakkı olmakla birisi diğerin izni olmadıkça ona muzır olabilecek bir şey yapamaz ve kendi binasını yıkmaz.”

³³ Öğretide kabul edilen görüşe göre bu bildirim resmi, yazılı veya sözlü olabilir. Bkz. ZEVKLİLER, Aydın, “Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1984, s. 120; SOLAK, Beyza Dinçbudak, *Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması*, (Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 46.

³⁴ ZEVKLİLER, s. 125.

³⁵ Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2099.

Maddenin ilk fıkrasında kat mülkiyeti hakkının aynı hak olduğunu bu hakkı herkese karşı ileri sürebileceklerini ve kişilerin doğal olarak mülklerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunabileceği düzenlemiştir³⁶. İkinci fıkrasında ise kat irtifakına benzer bir durum belirtilmiş ve hukuki düzenleme getirilmiştir. Buna göre kat maliklerinin mülkiyet hakları birbirlerinin haklarına saygı duyacakları şekilde kısıtlamaya gidilmiştir.

Kat malikleri diğer kat maliklerine zararı dokunacak şekilde mülkiyet haklarını kullanamazlar. Diğer kat maliklerine zarar gelmeyecek şekilde istedikleri tasarrufta bulunabilirler.

Ali Haydar Efendi Mecelle şerhinde kat mülkiyetini bir mülkiyet hakkı olarak görmekle beraber kat mülkiyetinin sınırlandırılması hususunda üç ihtimali ele alır.

Birinci ihtimal kat malikinin tasarrufu diğer malikleri zarara uğratmak amacıyla ise bu tasarrufu yasaktır. Örneğin alt katta oturan sırf üst kattakileri rahatsız etmek amacıyla girişleri yıkamaz, kapı ve pencere açamaz ya da ikinci bir tuvalet yapamaz.

İkinci ihtimal kat malikinin tasarrufu diğer kat maliklerini zarara uğratmıyor ise kat maliki tasarrufta bulunabilir. Örneğin duvarına bir şey asmak amacıyla küçük çivi veya vidaları duvara monte etmek vb. tasarrufun diğer kat maliklerine zararının olmadığı tasarrufun niteliğine uygun olacak şekilde iki uzmanın görüşüne göre belirlenmelidir.

Üçüncü ihtimal ise zararlı olup olmadığından şüphe duyulan tasarruflardır. Böylesi bir durum söz konusu olursa İmam-ı Azam Ebu Hanefi’ye ve Mecelle’ye göre tasarruf caiz olmaz. İmameyne göre ise tasarruf caizdir³⁷.

MAA-1193 “Fevkani ile tahtaninin sokak kapısı bir olduğu halde ikisinin sahibleri ol kapıyı müştereken isti’mal ederler. Ehadühüma âharın duhul ve hurucudan men’edemez.”

³⁶ “Bir kimse bir mahalle-i mamurede mülk hanesi bulunup da onu hedmetmek istediğinde komşularına bir guna zararı yok iken mücerred “mahallemizde boş arsa istemeyiz” diye mümanaat edemezler. Ve yıkılmış olsa binaya icbar eyleyemezler. Zira kişi binayı mülküne icbar olunamaz. (Camiu’l-fusuleyn ve Ankaravi fi’l-hıyftın)”, bkz. Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2152.

³⁷ Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2154.

İlgili maddede sokak kapısı örneği üzerinden ortak kullanım alanlarını kat maliklerinin ortaklaşa kullanmaları gerektiği ve ortak kullanım alanlarının kat maliklerinden biri veya birkaçı tarafından engellenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Günümüz hukukunda da ortak alanlarda paylı mülkiyet söz konusudur. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 4. Maddesinde aksi sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa bile bazı yerleri ortak yer olarak saymaktadır³⁸.

MAA- 1206 “İki kişi beynlerinde müşterek olan konağı taksim ettiklerinde birinin hissesine isabet eden mahalden diğerinin makarr-ı nisvan olur mahalli görünür olsa müştereken beynlerinde bir sütne ittihaz etmeleri için emrolunur.”

İslam hukukuna göre özel hayatın gizliliği koruma altına alınmıştır³⁹. Mecellede de kat maliklerinin özel hayatlarının korunmasına ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmiştir. İlgili maddede iki aile bir konağı ayrı ayrı olacak şekilde taksim ederek birlikte oturuyorlarsa ve biri diğerinin

³⁸ Kat Mülkiyeti Kanununun 4. maddesinde ortak yerler şu şekilde sayılmaktadır: “a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan kiriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve hava gazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar,

b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, hava gazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri”; AYAN, s. 546-547.

c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri.

Yukarıda sayılanların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (Ortak yer) konusuna girer.

³⁹ “Ey iman edenler! Kendi evlerinizden başka evlere, geldiğinizi hissettirip (izin alıp) ev sahiplerine selam vermeden girmeyin...” (Nur Suresi 27. Ayet); “Ellerinizin altında bulunanlar (köleleriniz) ve sizden henüz bülüş çağına ermemiş olanlar, günde üç defa; sabah namazından önce, öğleyin elbiselerinizi çıkardığınız vakit ve yatsı namazından sonra (yanınıza girecekleri zaman) sizden izin istesinler...” (Nur Suresi 58. Ayet). Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı (2010). Kuranı Kerim Meali. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, s. 351,356; “Bir kimse iznin olmadan seni gözetler, onu bundan men etmek için taş atar ve gözünü çıkarırsan sana günah (kısas ve diyet sorumluluğu) yok.”, Buhari, Edeb, 127, Diyat, 15, 23, Müslim, Edeb, 44, İbn Hanbel, II/243.

meskenini aile mahremiyetini bozacak şekilde rahatça görebiliyorsa, meskeni gözetlenebilen kişi, diğerini, onun göremeyeceği şekilde bir duvar veya imar faaliyeti yapmaya zorlayabilir. Eğer aile mahremiyetini ihlal edebilen malik buna yanaşmıyorsa, mahkemedен karar almak suretiyle kendi hissesine düşen miktarı karşılayarak söz konusu imar işini gerçekleştirebilir. Yani imar faaliyetiyle aile mahremiyeti sağlanacak kimse ortaklık derecesine göre üzerine düşen masrafı karşılamakla mükelleftir⁴⁰.

Türk Medeni Kanunu’nun 737. maddesinde komşu hakkı ile ilgili düzenlemelere gidilmiş ancak aile mahremiyetine ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir⁴¹. Türk pozitif hukukuna göre özel hayatı ihlal eden kimsenin ceza hukuku, medeni hukuk (tazminat hukuku) ve idare hukuku anlamında sorumluluğu vardır⁴².

MAA- 1315 “*Fevkanisi birinin ve tahtanisi diğerin mülkü olan ebniye mündehim ya muhterik olsa herbiri kema-fi’s-sabık ebniyesini yapar. Ehadühü-ma ahara mani olamaz.*

Ve fevkani sahibi tahtani sahibine sen ebniyeni yap ki üzerine ben de ebniyemi yapayım deyip de tahtani sahibi imtina etmekle fevkani sahibi hakimden izin alarak tahtani ve fevkani ebniyeyi inşa etdikde tahtani sahibi hisse-i masrafını verinceye dek onu tahtanide tasarrufdan men eder.”

İlgili maddede birlikte oturan yapıların yıkılmış ya da oturulamaz derece hasarlı olma ve bu durumda maliklerden biri veya birkaçının yeniden yapı yapılmasını istememe durumu düzenlenmiştir. İlgili maddede üst katta oturan yapının yeniden yapılmasını ister alt katta oturan istemez ise, üst katta oturan hâkimden izin alarak yapıyı yaptıra-

⁴⁰ Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2171.

⁴¹ TMK 737. Maddesi: “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır. Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.”

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEN, Ersan, Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme’de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku, İÜSBFD, 1993, S. 3-4-5; EFİL, Alper Yaser, *Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali Suçu*, (Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2018.

bilir. Alt kat maliki üzerine düşen masrafı ödeyinceye kadar onun alt katı kullanmasını engelleyebilir⁴³.

İlgili Mecelle maddesi Türk pozitif hukuk düzenlemelerine son derece benzer niteliktedir. Özellikle yıkılma tehlikesi olan riskli yapılar denetimden geçemezlerse öncelikle kat malikleri ile anlaşma yolu denebilir, anlaşma sağlanamazsa rızalarına bakılmaksızın riskli yapı yıkılmaktadır⁴⁴. Aynı şekilde kentsel dönüşüm çerçevesinde yapının yeniden yapılması için maliklerin 2/3 çoğunluk kararı aranmaktadır. Çoğunluğun kararına katılmayan maliklerin hisseleri önce diğer maliklere teklif edilmekte onlardan alan çıkmaz ise devlet tarafından satın alınmakla yapı tamamlattırılmaktadır⁴⁵.

Görüleceği üzere MAA'nın 1197. Maddesi'nde yer verilen mülkiyet hakkının kötüye kullanılmaması ilkesi doğrultusunda Mecelle'de birçok maddeye yer verilmiştir. Söz konusu maddelerin mülkiyete ilişkin hakkı korumakla birlikte komşuluk ilişkisinin de zarar görmemesini amaçladığı söylenebilir. Özellikle MAA'nın 1196. maddesi ve söz konusu maddenin uygulanmasında hüküm altına alınan, komşu tarlaya uzayan ağaç dallarının iki kısma ayrılması ve geri çekilebilenlerin çekilip, çekilemeyenlerin mahkeme kararıyla kesilebilmesi şeklindeki hükümler, Mecelle'nin ağaçların veya bitkilerin de zarar görmemesini amaçladığını göstermektedir. Zira söz konusu madde ile ağaçların veya bitkilerin dallarının kesilmesi zorlaştırılmaktadır.

C. Mecellede Kat Malikinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümler

Mecellede yer alan Kat malikinin hukuki sorumluluğuna geçmezden evvel İslam ve Osmanlı sorumluluk hukukuna dair bazı kavramlardan bahsetmekte yarar vardır. Sorumluluk terimi sormak kökünden türetilmiş yeni kullanılan bir kelimedir ve Kur'an-ı Kerim'de geçen "*mesul*" kelimesiyle eş anlamlı olarak kullanılır. Eskiden mesuliyet kelimesi hukuki sorumluluğu belirtmek üzere tercih edilirken günümüzde so-

⁴³ Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 2274-2275.

⁴⁴ 6303 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, 5. Madde.

⁴⁵ 6303 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, 6. Madde.

rumluluk kelimesi tercih edilmektedir. Sorumluluk bir kimsenin yetki-sinde bulunan herhangi bir davranış veya olayın sonuçlarını üstlenmesi veya kurallara riayet etmemesi neticesi hesap vermesidir. İslam hukukunda sorumluluk dini hukuki ve ahlaki görünümlere sahip çerçevesi geniş bir kavramdır. İslam hukukunda tazmin (hukuki) sorumluluk kavramını “*da’man*”, kavramı karşılamakla birlikte kimi yerlerde “*zimmet*”, “*uhde*”, “*garamet*” “*mehuziyye*” kavramları da kullanılmıştır⁴⁶.

Hukuki sorumluluk, tazmin sorumluluğu veya medeni hukuk sorumluluğu bir kimsenin hukuka aykırı fiili nedeniyle bir başka kimseye vermiş olduğu zararı karşılaması veya tazmin etmesini ifade eder. Hukuki sorumluluğun tanımlanmış yaptırım türü tazminattır. Hukuki sorumluluk sözleşmeden, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanabilir. Kat malikinin sorumluluk türü Türk Borçlar Kanunu’nun 69. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bina veya yapı eserine malik olan kimse binanın yapımındaki eksikliklerden sorumlu olduğu gibi bakımındaki eksikliklerden de sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluk türü bakımından kusursuz sorumluluğu ifade etmektedir. Bazı yazarlar yapı malikinin sorumluluğunu tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirirler ancak kusursuz sorumluluk baskın görüştür ve uygulamada da bu görüş kabul edilmektedir. Günümüz Türk hukukunda kusursuz sorumluluğu ortadan kaldıracak bir unsur olarak illiyet bağına kesecek yoğunluktaki mücbir sebep, zarar görenin kusurlu davranışı ve üçüncü bir kişinin kusurlu fiili gösterilmektedir. Bir başka deyişle yapı eserinde meydana gelen noksan söz konusu durumlarda zararın sebebi olamayacağından malik sorumlu olmayacaktır⁴⁷.

İslam ve Osmanlı hukukunda kusursuz sorumluluk hali kabul edilmemiştir. İslam ve Osmanlı hukukunda kat malikinin sorumluluğu genellikle haksız fiil sorumluluğudur. Sorumluluğun oluşması öncelikle sorumlu, sorumlu tutan ve sorumluluğun konusu şeklinde üç unsurun birlikte bulunmasına bağlıdır.

⁴⁶ YILDIZ, Kemal, Sorumluluk, DİA, 2009, C.37, s.380; EKŞİ, Ahmet, İslam Tıp Hukuku, İstanbul, 2011, s. 174; ÜNAL, Mustafa, İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara, 2019, s. 31-32.

⁴⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 515; 644-646.

İslam ve Osmanlı hukukunda haksız fiil sorumluluğu söz konusu olduğunda haksız fiilin unsurları önem arz eder. Bunlar fiil, hukuka aykırılık (teaddi), kusur, illiyet bağı ve zarar'dır. Haksız fiilin unsurlarından herhangi birisi mevcut olmadığında haksız fiil sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁴⁸.

İslam ve Osmanlı hukukunda kast-ihmal ayrımı ile ilgili hükümler kendisini mübaşeret ve tessebbüb kavramlarının ayrımında gösterir. İnsan fiilinin doğrudan etkisi sebebiyle zarar oluşmuşsa mübaşeret, dolaylı etkisiyle oluşmuşsa tessebbüb söz konusudur. Mübaşeret failin fiili ile zarar arasında başkaca bir fiil söz konusu değildir. Mübaşeret faili mübaşir, tessebbüpte ise söz konusu ilk fiili işleyen kimseye mütesebbib denir⁴⁹.

Mecellenin 92. Maddesinde "*Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur.*" demek suretiyle, mübaşirin yani fiilinin zarara doğrudan etkisi olan kimsenin kastı veya ihmali sebebiyle oluşan haksız fiilden sorumlu olduğunu ve oluşan zararı tazmin etmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Mübaşir zarara sebep olan fiilde kastı olmasa da verdiği zararı tazmin edecektir⁵⁰.

Örnek vermek gerekirse kat maliki çiçeklerini sularken saksıyı düşürse komşunun pencereleri kırılrsa kusuru olmasa da tazmin sorumluluğu doğacaktır.

Mecelle'nin 93. Maddesinde ise "*Mütesebbib müteammid olmadıkça zamin olmaz.*" denmektedir. Klasik kaynaklarda hüküm açıklanırken verilen örneklerde kat mülkiyetine ilişkin önermelerde bulunulmamıştır. Kendi tarlasında anız ateşi yakan kimsenin rüzgârın şiddetlenmesiyle komşu tarlayı yakmasından sorumlu olmadığı, ya da hayvan tutucusunun kusuru olmaksızın hayvanın ürkmesi sonucu komşu tarlaya ver-

⁴⁸ KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 2012, C.2, s.450-453.

⁴⁹ DAĞCI, İslam Ceza Hukuku'nda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, s.117; YILDIZ, Kemal, Mübaşeret, DİA, 2006, C.31, s.429-430; AYBAKAN, Bilal, Zarar, DİA, 2013, C.44, s.133.

⁵⁰ MEHMED ZİYAEDDİN Türzkade Hafız, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. GEDİKLİ, Fethi/ONAT, İbrahim Enes, İstanbul, 2017, s.173, 191; AYKANAT, Mehmet/AYDIN, Melikşah, Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu, SÜHFD, C. 28, S. 1, 2020, s. 220-221.

diği zararlarda sorumlu olmaması örnek olarak verilmiştir. Bu doğrultuda kat maliklerinden birisinin balkon duvarı kendiliğinden ya da şiddetli rüzgâr sebebiyle yıkılır ve zarar meydana gelirse kat maliki sorumlu olmayacaktır.

Malikin bakım eksikliği sebebiyle sorumluluğu ise önceden uyarılmasına bağlanmıştır⁵¹. Hanefi mezhebine ilişkin fetvalarda sıkça belirtilen bu durum⁵² Mecellenin 928. Maddesinde hüküm altına alınmıştır.

“Birinin duvarı yıkılıp da diğere bir zarar iras etse(sebep olsa) daman lazım gelmez. Fakat evvelce ol duvar mail-i inhidam (yıkılmak üzere) olup da ana diğere bir kimse duvarını hedm et(yık) diye takaddüm ve tenbih edip(önceden haber verse) de duvarı hedm edecek kadar vakit geçmiş ise ol halde daman lazım gelir.

Şu kadar ki, ol kimse hakk-ı takaddüm ve tenbih ashabından olmak şarttır.

Şöyle ki ol duvar eğer komşunun hanesi üzerine yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol hanenin sükkanından(ikamet edenlerden) olmalıdır. Hariçten birinin tekaddüm ve tenbihi müfid olmaz. Ve eğer tarik-i hass üzre yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol tarikda hakk-ı müruru (geçiş hakkı) olan kesandan olmak lazımdır. Ve eğer tariki’am üzerine yıkılmış ise her kim olursa olsun tekaddüme hakkı vardır.”

Uyarı ve ikaz yapılmaksızın bir zarar ortaya çıkarsa kat malikinin sorumluluğu bulunmamaktadır⁵³. Günümüz hukukunda olduğu gibi malikin kusursuz sorumluluğu söz konusu değildir. Uyarma hakkı ve

⁵¹ HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim, Mültekâ’l-Ebhur, Çeviren: UYSAL Mustafa, İstanbul, 1972, c. 4, s.317; SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed, el-Mebcut, Çeviren: AKŞİT Cevat, İstanbul, 2008, c. 27, s.10.

⁵² “Zeyd’in mülk divarı tarık-ı amme mail olup inhidama müteveccih olmağla komşuları Zeyd’e ‘divarını nakzeyle’ deyu tekaddüm ve işhad itdiklerinde Zeyd, nakzı mümkün olacak müddet mürur itdikden sonra divar oradan geçenlerden Bekir ve Beşir’in üzerlerine yıkulub Bekir ve Beşir helak olsalar mezburların diyetleri Zeyd’e lazime olur mu? El-Cevab: Olur.”; FETAVAYI ALİ EFENDİ, Çatalcalı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Hazırlayan: DEMİRTAŞ H. Necati, İstanbul, 2014, s.472-473.

⁵³ SERAHSİ, c. 27, s.11; ZUHAYLİ, Vehbe, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, Çeviren: Heyet, İstanbul, 1994, c. 8, s. 148.

yetkisi, yapı komşuya tehlike arz edecek şekilde ise komşuya, yola doğru eğilmişse yoldan geçen herkese aittir⁵⁴.

Mecelle'nin 889. maddesinde "*Tekaddüm yani öncelik, beklenen zararın önlenmesi ve giderilmesi için önceden uyararak ve tavsiyede bulunmaktır*" denilmektedir. 928. maddede ifadesi geçen "*tekaddümün*" önceden uyarıda bulunmak olduğu açıktır. Kat mülkiyeti ortak ise ortaklardan birisine uyarıda bulunulursa Ebu Hanife'ye göre uyarıda bulunulan ortak kendi hisse payı oranında ortaya çıkan zarardan sorumludur⁵⁵. Hanbelilere göre ise taşınmaz maliki sonradan ortaya çıkan zararlardan kusuru olsun olmasın sorumludur, bu anlayış günümüz Türk hukukundaki kusursuz sorumluluğa ilişkin yaklaşıma daha yakındır. Modern İslam hukukçuları Hanbeli görüşü doğrultusunda fikir beyan etmektedir⁵⁶.

SONUÇ

Mecelle 1869-1876 yılları arasında hazırlanmış ve Osmanlı'da apartman olarak nitelendirebileceğimiz ilk yapı ise Letafet Apartmanı'dır. Bu apartmanın 2. Abdülhamit Han döneminde inşası gerçekleştirilmiştir. Bu anlamda Mecellenin yazıldığı dönemde ikiden fazla katlı yapıların son derece az olduğu aşikârdır. Bu sebeple Mecelle 'de kat mülkiyetine müstakil bir yer verilmemiş dağınık halde maddelerle düzenlemelerde bulunulmuştur.

Mecellenin yazılmasından önce de Osmanlı Devleti'nde çok katlı yapılar sebebiyle hukuki problemler çıkmıştır. Bu hukuki uyuşmazlıklara ilişkin birçok fetvaya rastlanmaktadır. Hanefi mezhebine uygun olarak verilmiş bu fetvalar doğrultusunda Mecelle'deki hükümlerin oluşturduğu söylenebilir.

Bazı yazarlar Mecelle'nin kat mülkiyetine müstakil bir yer vermesi ve arsaya ilişkin mülkiyet hakkından bahsederken yerin altına doğru istediği derinliğe inebilir veya gökyüzüne doğru istediği kadar tasarrufta bulunabilir hükmünü esas alarak Mecellenin kat mülkiyetini

⁵⁴ MERGİNANİ, Ebu Bekir, el-Hidâye (Delilleriyle Hanefi Fıkhı), Çeviren: MEYLANİ Ahmed, İstanbul, 2004, C:4, s.310; AYKANAT/AYDIN, s. 221.

⁵⁵ SERAHSİ, c. 27, s.10.

⁵⁶ ŞEN, Yusuf, İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Konya, 2007 s.127; AYKANAT/AYDIN, s. 221.

tanınmadığını ifade etmişlerdir. Ancak söz konusu madde arsaya özgü bir madde olup, günümüz hukukunda da taşınmaz mülkiyeti bir aynı hakkı ifade etmektedir. Aynı hakkın istisnaları olarak ise şufa hakkı ve kat mülkiyeti sayılmaktadır. İstisnalar kaideyi bozmaz. Mecellede kat mülkiyetine ilişkin birçok madde bulunmaktadır. Aynı hakkın istisnası olarak belirtilmiştir. Kat mülkiyeti tanınmamış değildir.

Mecellede kat mülkiyetini sınırlandıran birçok hüküm bulunmaktadır. Genel olarak Hanefi içtihatları doğrultusunda hazırlanmış bu hükümlerin İslam hukukunun çizdiği komşuluk hukukunu koruyucu mahiyette oldukları anlaşılmaktadır. Özellikle Mecellenin 1196. maddesi ve söz konusu maddenin uygulanmasını gösteren Ali Haydar Efendi’nin mecelle şerhi ağaçların ve komşuluk ilişkisinin zarar görmemesi için ne kadar hassas bir şekilde hükümlerin oluşturulduğuna örnek teşkil etmektedir.

Bazı maddelerde ise İslam ahlakının ortaya koyduğu çerçevede aile mahremiyetinin korunması amaçlanmıştır. Mecellede yer alan aile mahremiyetini koruyucu nitelikteki bu maddelerle özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunmasının da amaçlandığı söylenebilir. Kat malikinin sorumluluğu ise Mecellede haksız fiil sorumluluğu şeklinde düzenlenmiş, günümüz Türk hukukunda olduğu gibi kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenmemiştir.

KAYNAKLAR

- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İstanbul, 2013.
- Ali Haydar Efendi, *Dürer'ül-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, (Çeviren: Raşit Gündoğdu, Osman Erdem), C. 1, İstanbul, 2017.
- Ali Haydar Efendi, *Dürer'ül-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, (Çeviren: Raşit Gündoğdu, Osman Erdem), C. 3, İstanbul, 2017.
- ANDREW GOODMAN, Arabuluculuğa Hazırlanmak, (Çeviren: Adnan Bıçaksız, Zeynep Alkın), Ankara, 2017.
- ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, Ankara, 2019.
- AVCI, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2020.
- AYKANAT, Mehmet, *Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri*, Turkish Studies, Ankara, 2019, C. 14, S. 1.
- AYKANAT, Mehmet/AYDIN, Melikşah, Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu, SÜHFD, C. 28, S. 1, 2020.
- AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku II (Mülkiyet)*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- BOZKURT, Muhammed Fatih, *Türk Hukukunda Kat Maliklerinin Hakları ve Yükümlülükleri*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 2011.
- COUNCIL OF EUROPE, Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, Ankara, 2017.
- DEMİRARSLAN, Deniz, "Değişen Yaşam Düşlenen İstanbul: Beyoğlu ve Yel Değirmeni'nde Konut Olgusu", *Tasarım*, S. 162, İstanbul, 2006.
- EFİL, Alper Yaser, *Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali Suçu*, (Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2018.
- ERMAN, Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2017.

- FENDOĞLU, Hasan Tahsin. “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Türkiye”, *Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, 09.03.2011.
- FETAVAYI ALİ EFENDİ, Çatalcalı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Hazırlayan: DEMİRTAŞ H. Necati, İstanbul, 2014.
- HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim, Mülteka’l-Ebhur, Çeviren: UYSAL Mustafa, İstanbul, 1972.
- İLGEZDİ, Ali Rıza, Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara, 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri, Adalar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, proje yönetmeni M. Akif Aydın, editör Coşkun Yılmaz, İstanbul, 2010, C. 75, s. 63, Hüküm no: 55.
- İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Sicil (H. 1179-1180 / M. 1765-1767) cilt: 76, sayfa: 317 Hüküm no: 354 Orijinal metin no: [152-1].
- KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 2012.
- KAŞIKÇI, Osman, “Mecellede Kat Mülkiyeti”, *AÜHFD*, C. 2, S. 1, Erzincan, 1998.
- Kemal OĞUZMAN ve Özer SELİÇİ, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1997.
- KILIÇ, Mimar Ergün, XIX. Yüzyıl Sonu Batılılaşma Hareketlerinin Pera/Beyoğlu’nda Apartmanlaşma Sürecine Etkileri ve Mimari Yansımalar, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Dr. Öğr. Ü. Lerzan ARAS, İstanbul, 2009.
- KILINÇ, Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiriler, İstanbul, 2016, c. 2.
- KILINÇ, Ahmet/YILDIRIM, Davut, Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, (Editör: Nuran Koyuncu/Abdulkadir Yıldız), Konya, 2021.
- MARDİN, Ebül’ula, *Kat Mülkiyeti*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1948.
- MEHMED ZİYAEDDİN Türkzade Hafız, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. GEDİKLİ, Fethi/ONAT, İbrahim Enes, İstanbul, 2017.
- MERGİNANİ, Ebu Bekir, el-Hidâye (Delilleriyle Hanefi Fıkhı), Çeviren: MEYLANİ Ahmed, İstanbul, 2004.

- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- OKUR, Yaşar. "Ombudsmanlık Kurumu: Tarihi Gelişim ve Türkiye'de Başlangıçta Birkaç Öneri", *Denetim*, S. 6, Ankara, 2011.
- SAKAOĞLU, Necdet, *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi*, C. 5, İstanbul, 1994.
- SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed, el-Mebcut, Çeviren: AKŞİT Cevat, İstanbul, 2008.
- SİRMEN, A. Lale, *Eşya Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2017.
- SOLAK, Beyza Dinçbudak, *Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması*, (Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.
- ŞEN, Ersan, "Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme'de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku", *İÜSBFD*, 1993.
- ŞEN, Yusuf, *İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Konya, 2007.
- ÜLKER, İbrahim, "Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün mü?", *2. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi*, 23-25 Mart 2018, Kudüs, Bildiriler, Ankara, 2018.
- ÜLKER, İbrahim, *Osmanlı Klasik Dönem Yargılama Hukukunda Yazılı Belge ve Kadıların Noterlik Görevi*, Editör: Mustafa Avcı, Konya, 2017.
- ÜLKER İbrahim, "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1083-1110.
- ÜNAL, Mustafa, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Ankara, 2019.
- ZEVKLİLER, Aydın, "Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1984.
- ZUHAYLİ, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, Çeviren: Heyet, İstanbul, 1994.

BÖLGE İDARE MAHKEMESİNİN DOSYAYI İLGİLİ MAHKEMEYE GÖNDERMESİ MESELESİ

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI *

Arş. Gör. Kerim AZAK **

Öz

İdari yargıda yapılan reform sonrasında uygulanmaya başlanan istinaf kanun yolu, hemen hemen bütün davalar yönünden genel kanun yolu niteliğine sahip olmuştur. Hem hukuka uygunluk hem de maddi vakaya uygunluk yönünden denetim yapılan istinaf kanun yolunda, istinaf merciin hukuka aykırı bulduğu kararı kaldırarak yeni bir karar vermesi mümkündür. Ancak özellikle dereceli yargılamanın sağlaması için İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 45'te; bazı hâllerde, hukuka aykırı kararın kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmesi öngörülmüştür. Ne var ki idari yargı uygulamasında, kanunda sayılan hâller dışında da hukuka aykırı kararlar kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi meselesine ilişkin mevcut idari yargı uygulaması, istinaf kanun yolunun özelliklerine ve getiriliş amacına aykırı olarak bir gelişme göstermiştir.

Bu çalışmada, İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki geri gönderme sebepleri ayrıntılı olarak incelenmiş ve mevcut idari yargı uygulaması açıklanmıştır. Son-

* Prof. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku A.B.D., İzmir, Türkiye | Prof. Dr., İzmir Bakırçay University Faculty of Law, Administrative Law, İzmir, Turkey.

✉ serkan.cinarli@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-2471-875X

** Arş. Gör., Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Türkiye | Res. Asst., Ankara University, Institute of Social Sciences, Ankara, Turkey.

✉ krmazak@gmail.com • ORCID 0000-0002-4830-771X

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÇINARLI Serkan / AZAK Kerim, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 571-603.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

rasında ise hukuk yargılamasındaki düzenlemeye de değinilerek mevcut idari yargı uygulaması ve Kanun'un ilgili maddesi tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İstinaf kanun yolu • Dosyanın gönderilmesi • İdari yargıda istinaf • Bölge idare mahkemesi • Dereceli yargılama

TO SEND THE FILE TO THE RELEVANT COURT

Abstract

The remedy of appeal, which started to be implemented after the reform made in the administrative judiciary, has become a general legal remedy in terms of almost all cases. The appellate authority can annul the decision that it finds unlawful and issue a new decision in the remedy of appeal, which is audited in terms of legality and compliance with the material fact. However, in article 45 of the Law on Administrative Judgment Procedure, especially in order to ensure graded judgment, in some cases, it is envisaged that the unlawful decision be revoked and sent to the relevant court. However, in administrative jurisdiction practice, unlawful decisions are revoked and sent to the relevant court, except for the cases listed in the law. The current practice of administrative justice regarding the issue of sending the file to the relevant court has developed contrary to the characteristics of the remedy of appeal and the purpose of its introduction.

In this study, the reasons for refoulement in the Administrative Procedure Law are examined in detail, and the current practice of administrative justice is explained. Afterward, the current practice of administrative justice and the relevant law article were discussed by referring to the regulation in civil proceedings.

Key Words

The remedy of appeal • Return of the file • The remedy of appeal in the administrative jurisdiction • The district administrative court • Graded judgment

I. GİRİŞ

Bilindiği üzere ülkemizde 18/6/2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 45. maddesi değiştirilmiş ve itiraz kanun yolu kaldırılarak istinaf kanun yolu getirilmiştir. Hem hukuka uygunluk denetimi hem de olaya uygunluk denetimi yapılan istinaf incelemesinde; bölge idare mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak yeniden karar vermesi

mümkündür. Fakat her durumda, hukuka aykırı karar kaldırılarak yeniden karar verilemez. Belirli durumlarda, dosyanın karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, dereceli yargılama tam anlamıyla sağlanamayacaktır. Nitekim İYUK madde 45/5'te belirtilen durumlarda, istinaf başvurusu haklı bulunmuş ise ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir.

İYUK madde 45/5'te, dosyanın geri gönderileceği hâller tahdidi olarak sayılmıştır. Tahdidi olarak sayılan hâller dışında kalan durumlarda ise İYUK madde 45/4'e göre eğer istinaf başvurusu haklı bulunursa kararın kaldırılarak işin esası hakkında yeniden karar verilmesi gerekecektir. Fakat idari yargı uygulamasında, bölge idare mahkemeleri tahdidi sebeplerin de dışına çıkarak dosyaları çeşitli durumlarda dosyayı ilgili mahkemelere göndermeye başlamıştır. Bölge idare mahkemesinin, İYUK madde 45/5 kapsamında verdiği kararların kesin olması karşısında yasada sayılan tahdidi sebepler, yasa koyucunun iradesi dışında genişletilmektedir.

Mevcut durum; bölge idare mahkemelerinin, 2014 yılı öncesi Danıştay tarafından yapılan temyiz denetiminden farklı bir denetim yapmak yerine maddi deliller açısından tespit edilen eksikleri dosya iadesi sebebi hâline getirerek, istinaf kanun yolunda olmayan metotları uyguladıklarını göstermektedir. Bu duruma, istinaf kanun yoluna belli istisnalar dışında (tek hakimle görülen davalar, dava değeri belli limitin altında kalan davalar) ilk derece mahkemelerinin hemen hemen tüm kararlarının istinaf edilmesinin neden açtığı düşünülmektedir.

Kanımızca bir hukuk devletinde usul yasasında tahdidi olarak sayılan dosya iade sebepleri, istinaf yargı yerince itiraz hakkı bulunmayan ilk derece mahkemesine çeşitli sebepler öne sürülerek genişletilerek gönderilemez. Ancak bu iade sebepleri olmazsa olmaz ise bu durumda, yasal bir zemine dayanma zarureti bulunmaktadır.

İşte biz bu çalışmada önce mevcut yasal düzenlemeden, daha sonra istinaf yerlerinin İYUK madde 45/5'te yer almayan ancak uyguladıkları dosya iade sebeplerinden söz edeceğiz. Son olarak da hukuk yargı-

lamasındaki düzenlemeden bahsederek, idari yargı uygulamasını değerlendireceğiz.

II. İYUK MADDE 45/5'E GÖRE DOSYANIN GÖNDERİLECEĞİ HÂLLER

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde istinaf incelemesi düzenlenmiştir. 45. maddeye göre istinaf başvurusu esastan incelenirse bölge idare mahkemesi, üç tür karar verebilecektir:

1- İlk derece mahkemesinin kararı hukuka uygun bulunursa istinaf başvurusunun reddine karar verilecektir. Kararda düzeltilmesi mümkün maddi yanlışlıklar mevcut ise bu yanlışlıklar düzeltilerek yine istinaf başvurusunun reddine karar verilecektir (md. 45/3).

2- İstinaf başvurusu haklı bulunursa istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verilir. Bu durumda bölge idare mahkemesi, dosyanın esası hakkında yeni bir karar verecektir (md. 45/4).

3- İlk inceleme üzerine verilen kararlara ilişkin istinaf başvurusu haklı bulunur ya da davaya görevsiz veya yetkisiz mahkemece yahut yasaklanmış hâkim tarafından bakıldığı belirlenirse istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılacaktır. Bu durumlarda bölge idare mahkemesi, esas hakkında bir karar vermeyecek, dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir (md. 45/5).

İlgili kurallardan da görüleceği üzere bölge idare mahkemesinin, kararı kaldırarak dosyayı geri göndermesi hâlleri İYUK madde 45/5'te sınırlı olarak sayılmıştır. Esasında Kanun'a göre bu hâller dışında bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulursa İYUK madde 45/4 uyarınca kararı kaldırarak esas hakkında kendisi karar verecektir. Ne var ki uygulamada, bu hâller dışında da dosyanın geri gönderildiği birçok hâl ortaya çıkmıştır.

İYUK madde 45/5'te dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği hâller, tahdidi olarak sayılmış ise de ilgili kuralın lafzı bazı belirsizlikler taşımaktadır. Bu nedenle öncelikle ilgili kuralın açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmanın bu kısmında, İYUK madde 45/5 kuralı ve temyiz incelemesi sonrasındaki durum açıklanacaktır.

A. İlk İnceleme Üzerine Verilen Kararlar

İYUK madde 45/5'te dosyanın geri gönderileceği ilk durum olarak ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması olarak düzenlenmiştir. Peki “**ilk inceleme üzerine verilen kararlar**” ibaresi ne ifade etmektedir? Lafzi yorum yapılacak olursa ilk derece mahkemesinin, ilk inceleme üzerine verdiği bütün kararlar bu kapsamda olacaktır. Bu doğrultuda ilk derece mahkemesinin, ilk inceleme konuları üzerinde yaptığı inceleme neticesinde bir hukuka aykırılık olmadığı kararı da bu kapsamda değerlendirilecektir. Örneğin ilk derece mahkemesinin, idari merci tecavüzü bulunmadığını belirleyerek davanın esasını gördüğü bir varsayımı ele alalım. Bu durumda davalı idare eğer idari merci tecavüzü olduğundan bahisle istinaf başvurusu yapar ve bu başvuru da haklı bulunursa, lafzi yoruma göre İYUK madde 45/5'e uygun olarak kararın kaldırılarak dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir. Fakat İYUK madde 45/5'te ifade edilen “ilk inceleme üzerine verilen kararlar” ibaresi, bu örnekteki kararı kapsamamaktadır. Zira ilk inceleme üzerine verilecek kararları düzenleyen İYUK madde 15 incelendiğinde, “ilk inceleme üzerine verilecek kararlar” ibaresinin, örnekteki kararı kapsamadığı görülmektedir. Kaldı ki ilgili örnekte olduğu gibi kararın kaldırılarak ilgili mahkemeye gönderilmesi, usul ekonomisine de aykırı olacaktır. Bu nedenle lafzi yorum, tek başına hatalı bir sonuca yol açacaktır. O hâlde “ilk inceleme üzerine verilen kararlar” ibaresi, ilk inceleme üzerine İYUK madde 15 çerçevesinde verilecek kararları ifade etmektedir¹. Nitekim İYUK madde 15 başlığı da “*ilk inceleme üzerine verilecek karar*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İdari Dava Dairesi, çeşitli kararlarında ilk inceleme konularında hukuka aykırılık olmasına rağmen bu yönde karar verilmemesini de İYUK madde 45 kapsamında değerlendirerek dosyanın geri gönderilmesinde yasal bir engel olmadığına karar vermiştir: “*Bu kurallar idari yargı yerine açılan davalarda dava konusunun açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulmasına, mahkemece karar verilecek dava konusunun duraksamaya neden olmayacak şekilde belirlenmesine yardımcı olmasına yönelik olduğundan, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması halinde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek dosya ilgili mahkemeye gönderilebiliyorsa, “ilk inceleme üzerine karar verilmesini gerektiren bir durumun varlığı halinde bu hususa uyulmadan karar verilmiş olması durumunda da” ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi yolunda karar verilmesine yasal bir engel bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*”, İzmir BİM, 6. İDD,

“İlk inceleme üzerine verilecek kararlar” ibaresinin, İYUK madde 15’teki kararlar olduğunu belirledikten sonra İYUK madde 15’te belirtilen bütün kararların bu kapsama girip girmediğinin de tespit edilmesi gerekir. Bu konuda doğrudan İYUK madde 15/4’te düzenleme yapılmıştır. İlgili hükme göre ilk inceleme üzerine verilecek kararlardan hepsine karşı kanun yolu başvurusu yapmak mümkün değildir. İdari yargının görevli olduğu konularda davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi kararına, dilekçenin gerçek hasma tebliği kararına ve dilekçe ret kararlarına karşı kanun yolu başvurusu yapılması mümkün değildir. Bu kararlar dışında ilk inceleme üzerine verilecek kararlara karşı ise ilgisine göre istinaf veya temyiz başvurusu yapılması mümkündür. O hâlde İYUK madde 15/4’e göre istinaf başvurusuna konu olabilecek kararlara karşı yapılacak istinaf başvurusu haklı bulunursa, dosya ilgili mahkemeye gönderilecektir.

İYUK madde 45/5 ve İYUK madde 15/4 kurallarının birbiri ile uyumu da ilk inceleme üzerine verilecek karar ifadesinin anlamını açığa çıkarmaktadır. Bu hususu bir örnekle açıklamak gerekirse görev ve yetki de ilk inceleme konuları arasında sayılmıştır. Görev ve yetki incelemesi üzerine verilecek dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi kararı, kanun yolu başvurusuna konu edilemeyecek kararlar içerisinde-dir². Daha önce yaptığımız açıklamalara göre eğer ilk derece mahkemesi kendisini görevli ve yetkili görürse; bu yöndeki kararı, ilk inceleme üzerine verilecek bir karar niteliği taşımayacaktır. O hâlde ilk derece mahkemesinin görevli ve yetkili olmadığı yönündeki istinaf başvurusu haklı bulunursa bu durum, ilk inceleme üzerine verilecek kararlar kapsamında kalmadığından dosya geri gönderilmeyecektir. Bu durumu öngören

E. 2017/252, K. 2017/434, T. 21.3.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022. **Bkz. aynı yönde** İzmir BİM, 6. İDD, E. 2017/517, K. 2017/1008, T. 29.6.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 6. İDD, E. 2017/265, K. 2017/523, T. 31.3.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 6. İDD, E. 2017/683, K. 2017/747, T. 16.5.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 6. İDD, E. 2017/1005, K. 2019/253, T. 14.2.2019, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

² Burada ifade edilen idari yargı içindeki görev ve yetkidir. Adli yargının görevli olduğundan bahisle verilecek görev yönünden davanın reddi kararı, ilk inceleme üzerine verilecek karar kapsamında değerlendirilecektir ve bu kararlara karşı istinaf başvurusu yapılabilir. **Bkz.** İYUK md. 15/4.

yasa koyucu da İYUK madde 45/5'e göre geri gönderilecek hâller arasında davaya görevsiz veya yetkisiz mahkemece bakılmış olmasını da saymıştır. Eğer ilk inceleme üzerine verilecek karar ibaresi, ilk inceleme konularında bir hukuka aykırılık olmadığı tespitini de kapsamında buldursaydı görevsiz veya yetkisiz mahkemece davaya bakılmış olması, İYUK madde 45/5'te ayrıca belirtilmezdi. Öyleyse İYUK madde 45/5'te görevsiz veya yetkisiz mahkemece davaya bakılması hâlinin de sayılması, ilk inceleme üzerine verilecek karar ibaresinin, sadece İYUK madde 15/4'e göre istinaf edilebilecek kararları ifade ettiğini, ilk inceleme konularında bir hukuka aykırılık olmadığına ilişkin kararları ifade etmediğini göstermektedir.

Bütün bunların yanında İYUK madde 45/5'te ilk inceleme üzerine verilecek kararlara karşı yapılan istinaf başvuruları şeklinde ifade edilmektedir. İdari yargıda ara kararlara karşı istinaf başvurusu yapılması mümkün olmadığından³, ilk inceleme konularında bir hukuka aykırılık olmadığı ara kararına karşı istinaf başvurusu yapılması mümkün değildir. Bu durumda İYUK madde 45/5'teki ibare, istinaf başvurusuna konu edilebilecek ve ilk inceleme üzerine verilen nihai kararları, yani İYUK madde 15'te belirtilen ve istinafa tabi kararları⁴ ifade etmektedir.

Bütün bu açıklamalar neticesinde ilk inceleme üzerine verilecek karar ibaresinin;

-Adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle davanın reddi kararlarını⁵,

-Ehliyet⁶, süre aşımı^{7, 8}, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürü-

³ Her ne kadar İYUK md. 45'te istinafa konu olabilecek kararların nihai karar olması gerektiği açık bir biçimde belirtilmemiş ise de bir bütün olarak bakıldığında İYUK'a göre ara kararlar, istinafa konu edilememektedir, CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1083-1084.

⁴ İYUK md. 15/4' göre "İlk inceleme üzerine Danıştay veya mahkemelerce verilen; bu maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin kararlarla, 1/c bendinde yazılı gerçek hasma tebliğ ve 1/d bendindeki dilekçe red kararları dışında, ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir".

⁵ İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2017/1655, K. 2017/1097, T. 30.6.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; Ankara BİM, 7. İDD, E. 2017/162, K. 2017/184, T. 14.6.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

⁶ Samsun BİM, 1. İDD, E. 2020/336, K. 2020/255, T. 23.6.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

tülmesi gereken bir işlem olmadığı⁹, dilekçe ret kararı üzerine yeniden verilen dilekçede aynı yanlışlıkların yapılması¹⁰ gerekçeleriyle davanın reddi kararlarını,

-İdari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın görevli idareye tevdiine kararlarını¹¹

ifade ettiğini söyleyebiliriz. Bu kararlara¹² karşı yapılacak istinaf başvurusu haklı bulunursa karar kaldırılarak dosya ilgili mahkemeye gönderilecektir.

İlk inceleme üzerine verilecek kararlar ibaresinin ne anlam ifade ettiğini belirledikten sonra ilk inceleme konularında bir hukuka aykırılık olmadığı kararlarına karşı esas kararla birlikte yapılacak istinaf başvurusunun haklı bulunması durumunda bölge idare mahkemesinin ne karar vereceğini de açıklamak gerekir. Örneğin, idari merci tecavüzünün olmadığını tespit eden ilk derece mahkemesi kararı bu yönde hukuka

⁷ İzmir BİM, 1. İDD, E. 2017/399, K. 2017/365, T. 21.3.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; Ankara BİM, 1. İDD, E. 2019/5136, K. 2020/1103, T. 21.5.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

⁸ Dilekçenin reddi hâllerinde eğer verilen süre geçtikten sonra yenileme dilekçesi verilirse dava, süre aşımı nedeniyle reddedilecektir. Bu kapsamda yenileme dilekçesinin süresinde verilmemesi nedeniyle davanın reddi kararlarına karşı yapılacak istinaf başvurusu haklı bulunursa dosya ilgili mahkemeye geri gönderilecektir. Bu konudaki karar için **bkz.** İzmir BİM, 1. İDD, E. 2017/177, K. 2017/120, T. 14.2.2017, nakleden ÇINARLI, Serkan, **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemele-ri**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 81-82.

⁹ İstanbul BİM, 1. VDD, E. 2020/2179, K. 2020/1339, T. 20.10.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 6. İDD, E. 2018/796, K. 2018/796, T. 8.5.2018, nakleden ÇINARLI, s. 99.

¹⁰ İYUK md. 15/5 "1 inci fıkranın (d) bendine göre dilekçenin reddedilmesi üzerine, yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde dava reddedilir." fıkrası uyarınca verilecek davanın reddi kararlarıdır.

¹¹ İstanbul BİM, 3. VDD, E. 2020/994, K. 2020/1292, T. 22.9.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 4. İDD, E. 2017/238, K. 2017/498, T. 6.4.2017, nakleden ÇINARLI, s. 79.

¹² İYUK md. 15/5, yani dilekçe reddi üzerine yeniden verilen dilekçede aynı yanlışlıkların yapılması sebebiyle davanın reddi kararına karşı yapılacak istinaf başvurusu açısından bir parantez açmak gerekir. Zira bu kararlara karşı istinaf başvurusu yapıp yapılamayacağını tespiti her zaman mümkün değildir. Örneğin İYUK md. 3/2-d bendi uyarınca tam yargı davasında miktar belirtilmesi gerekirken belirtilmemesi sebebiyle dilekçe ret kararı ve bu yanlışlığın tekrar edilmesi üzerine de davanın reddi kararı verildiği varsayımında miktar belirsiz olduğu için istinaf kanun yoluna başvurunun mümkün olup olmayacağı değerlendirilemeyecektir. Kanımızca bu gibi durumlarda karar kesin olarak verilmelidir.

aykırı ise bölge idare mahkemesi nasıl karar verecektir? İlgili düzenlemelere göre bu durumda bölge idare mahkemesi, İYUK madde 45/4'e göre ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak kendisi yeni bir karar verecektir. İlgili örnekte ilk derece mahkemesinin kararını kaldıran bölge idare mahkemesi, idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın ilgili idareye tevdiine karar verecektir¹³. Benzer şekilde süre aşımı olan bir dava, esastan karara bağlanmış ise de bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davanın reddine karar verecektir¹⁴. Bu gibi durumlarda bölge idare mahkemesinin kendisinin karar vermesi, usul ekonomisine de uygundur¹⁵.

İlk inceleme konularında sıraya uyulmaması durumunda bölge idare mahkemesinin ne karar vereceği kanunda açık değildir. Örneğin adli yargının görevli olduğu bir dava, idari yargıda açılmış ancak ilk derece mahkemesi görev yönünden değil de davacının ehliyeti olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş ise bölge idare mahkemesi kararı kaldırarak dosyayı geri mi gönderecek yahut kendisi yeni bir karar mı verecektir? Bu örnekte her ne kadar kararı kaldırarak görev yönünden ret kararı vermesi usul ekonomisine uygun görünse de İYUK madde 45/5'in açık hükmü karşısında kararın kaldırılarak dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir. Zira yapılan istinaf başvurusu, ilk inceleme üzerine verilen bir karara ilişkindir. Nitekim İzmir Bölge

¹³ Bu yöndeki kararlar için **bkz.** İzmir BİM, 1. VDD, E. 2016/31 K. 2016/518 T. 22.11.2016, Lexpera, E.T. 8.2.2022; Konya BİM, 3. VDD, E. 2020/186 K. 2020/347 T. 8.6.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

¹⁴ Ankara BİM, 3. İDD, E. 2017/2926, K. 2017/2430, T. 15.11.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 9. İDD, E. 2017/3101, K. 2017/2929, T. 16.11.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

¹⁵ Ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur. Samsun BİM, adli yargının görevine giren bir konuda görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı geri göndermiştir. Hâlbuki kararın kaldırılarak bölge idare mahkemesince görevsizlik nedeniyle davanın reddi kararı verilmesi gerekirdi. Bu karar için **bkz.** Samsun BİM, 3. İDD, E. 2020/1419, K. 2020/1261, T. 30.11.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022. **Aynı yönde bkz.** İstanbul BİM, 9. İDD, E. 2020/1060 K. 2020/1174 T. 28.10.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022. Erzurum BİM ise benzer bir davada tam da usul ekonomisi sebebiyle kararı kaldırarak görevsizlik nedeniyle davanın reddi şeklinde yeni bir hüküm kurmuştur, Erzurum BİM, 2. İDD, E. 2019/2772, K. 2020/1868, T. 10.11.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

İdare Mahkemesi bir kararında bu örnekteki gibi karar vererek dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir¹⁶.

B. Davaya Görevsiz veya Yetkisiz Mahkeme Tarafından Bakılması

1. Davaya Görevsiz Mahkeme Tarafından Bakılması

İdari yargılama usulünde görev ile kastedilen hem yargı kolu anlamında görev hem de idari yargı kolu içerisindeki görevdir. Ayrıca görev, ilk inceleme konuları arasında sayılmıştır. Buna göre eğer bir davada, adli yargının görevli olduğu tespit edilirse davanın reddine; idari yargı kolu içerisinde görevsiz mahkemeye dava açılmış ise davanın görev yönünden reddedilerek dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verilmelidir. Bu kapsamda eğer adli yargının görevli olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu haklı bulunmuş ise bu durum, ilk inceleme üzerine verilecek kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması hâli kapsamında kalacak ve bölge idare mahkemesi, kararı kaldırarak dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir. Bunun dışındaki ihtimallerin ise davaya görevsiz mahkemece bakılması kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerekir.

a. Davada Adli Yargı Görevli Olmasına Rağmen Davaya Bakılmış Olması

Adli yargıda açılması gereken bir dava, idari yargıda açılmış ve dava esastan karara bağlanmış ise bölge idare mahkemesi nasıl bir karar verecektir? İYUK madde 45/5'te yer alan davaya görevsiz mahkemece bakılmış olması ibaresinin, yargı kolu yönünden görevsizliği kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Böyle bir durumda, bölge idare mahkemesinin kararı kaldırarak davanın görev yönünden reddine karar vermesi usul ekonomisine uygun durmaktadır. Ne var ki davaya görevsiz mahkemece bakılmış olması, kararın kaldırılarak dosyanın geri gönderilmesini gerektirdiğinden adli yargının görevli olduğu bu örnekte de dosyanın geri gönderilmesi gerektiği savunulabilir bir görüş olacaktır.

¹⁶ İzmir BİM, 6. İDD, E. 2018/616, K. 2018/735, T. 2.5.2018, nakleden ÇINARLI, s. 111-112.

Her ne kadar adli yargının görevli olduğu dosyada esastan karara bağlanmış ise bölge idare mahkemesinin, dosyayı kaldırarak kendisinin görev yönünden davanın reddi kararı vermesi gerektiği ileri sürülebilse¹⁷ de mevcut düzenlemelere göre bir ayırım yapılmadığından dosyanın geri gönderilmesi gerektiğini ifade edebiliriz. Fakat bu durumun usul ekonomisine aykırı olduğunu¹⁸, mahkemelerin iş yükünü artıracığını ve bu nedenle bu konuda açık bir düzenleme yapılarak bölge idare mahkemesinin, davayı karara bağlamasının sağlanması gerektiğini eklemeliyiz.

Bölge idare mahkemesi kararlarına baktığımızda ise adli yargının görevli olduğu durumlarda, dosyanın geri gönderildiği görülmektedir. İzmir Bölge İdare Mahkemesi, bir kararında ilk derece mahkemesinin davanın görev yönünden reddi kararı vermesi gerekirken derdestlik yönünden karar vermesi hâlini de İYUK madde 45/5 kapsamında değerlendirmiştir¹⁹. Derdestlik, ilk inceleme konuları arasında yer almadığından bu davada, ilk inceleme üzerine verilecek bir karardan bahsetmek mümkün durmamaktadır. Ne var ki burada davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından bakılması durumu söz konusu olduğundan kararın kaldırılarak, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi İYUK madde 45'e uygun durmaktadır.

b. İdari Yargı Kolu İçerisinde Görevsiz Mahkemece Davaya Bakılmış Olması

İdari yargı kolu içerisinde görevli mahkemeler Danıştay, idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleridir. Eğer idari yargıda görülecek bir davaya, yine idari yargı içerisinde görevsiz mahkemece bakılmış ise istinaf incelemesi neticesinde kararın kaldırılarak dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir. Görevli mahkemenin idare veya vergi mahkemeleri olması ile Danıştay olması arasında bir fark bulun-

¹⁷ Öğretideki bu görüş için **bkz.** BARDAKCI, Mehmet Akif, “Medeni Usul Hukukunda İstinaf ile Karşılaştırmalı Olarak İdari Yargılama Hukukunda İstinaf”, **MİHDER**, C. 12, S. 34, 2016, s. 424.

¹⁸ ÇINARLI, s. 158.

¹⁹ İzmir BİM, 6. İDD, E. 2018/789, K. 2018/736, T. 2.5.2018, nakleden ÇINARLI, s. 113-114.

mamaktadır. Her iki durumda da bölge idare mahkemesi, kararı kaldırmalı ve ilgili mahkemeye göndermelidir.

İYUK madde 45/5'te dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği düzenlenmiştir. Yasa koyucunun, ilgili mahkeme ibaresini tercih etmesi, ilgili mahkemenin istinafa konu kararı veren mahkeme olabileceği gibi bir başka mahkeme de olabileceği sonucunu doğurmaktadır²⁰. Bir başka ifade ile örneğin, bölge idare mahkemesi davaya bakmakla görevli mahkemenin idare mahkemesi değil de vergi mahkemesi olduğuna yahut Danıştay'ın görevli olduğuna karar verirse dosyayı doğrudan vergi mahkemesine ya da Danıştay'a gönderebilecektir. Fakat uygulamada, bölge idare mahkemeleri dosyayı ilgili mahkemeye değil istinafa konu kararı veren mahkemeye göndermektedir²¹. Uygulamadaki bu durum usul ekonomisine uygun olmadığı gibi hem sürecin uzamasına hem de ilk derece mahkemelerinin iş yükünün artmasına sebep olacaktır. Yasa koyucunun, ilgili mahkeme ibaresini tercih etmesi ve ilk derece mahkemesinin, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı direnememesi karşısında dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Davaya Yetkisiz Mahkeme Tarafından Bakılması

İdari yargıda, yetki de kamu düzenindedir. Bu sebeple yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınır. Eğer ilk derece mahkemesi, kendisini yetkisiz görürse yetkisizlik nedeniyle davanın reddine ve dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verir. Dosya kendisine gelen mahkeme, ilk mahkemenin kararı ile bağlı değildir ve o mahkeme de yetkili olup olmadığını re'sen inceler. İlk derece mahkemelerinin, yetkisizlik nedeniyle davanın reddi ve dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi kararına karşı istinaf başvurusu yapılması mümkün değil-

²⁰ ÇINARLI, s. 159; GÜNDAY, Metin, **İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 496; YILDIRIM, Ramazan, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara 2015, s. 42; YILDIRIM, Turan ve FİŞ ÜSTÜN, Gül, **Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Onikilevha Yayınları, Ankara 2020, s. 679.

²¹ İzmir BİM, 6. İDD, E. 2020/309 K. 2020/518 T. 3.3.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2020/1489 K. 2020/2615 T. 30.12.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 6. İDD, E. 2018/1199, K. 2018/1225, T. 28.6.2018, nakleden ÇINARLI, s. 159-160.

dir. Bununla birlikte istinaf aşamasında, istinafa konu nihai kararın yetkili mahkemece verilip verilmediği incelenecektir.

Eğer istinaf incelemesinde davaya yetkisiz mahkeme tarafından bakıldığı tespit edilirse bölge idare mahkemesi, kararı kaldırarak dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verecektir. İlgili mahkeme ifadesine ilişkin olarak daha önce yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Usul ekonomisine uygun olan, dosyanın yetkili görülen mahkemeye gönderilmesidir. Ancak uygulamada bölge idare mahkemeleri, yetki konusunda da dosyayı ilgili mahkemeye değil, nihai kararı veren ilk derece mahkemesine göndermektedir²².

C. Davaya Reddedilmiş veya Yasaklanmış Hâkim Tarafından Bakılması

İYUK madde 45/5'e göre bir diğer kaldırma ve geri gönderme sebebi davaya reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olmasıdır. Kararın tek hâkim tarafından veya heyet tarafından verilmiş olmasının bir önemi yoktur. Eğer kararı veren hâkim veya kararı veren hâkimlerden en azından birisi reddedilmiş veya yasaklanmış ise kararın kaldırılarak dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi gerekecektir.

İYUK madde 31'de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapılan hâllerden birisi de hâkimin yasaklılığı ve reddidir. Hâkimin yasaklılık hâlleri HMK'de tahdidi olarak sayılmıştır. Yasaklılık sebeplerinin varlığına rağmen eğer bir hâkim kendiliğinden davadan çekinmemiş veya tarafların bu yöndeki talepleri reddedilmiş ise kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir. Davadan mutlak çekinme sebepleri olarak sayılan yasaklılık hâllerinde, taraflar talepte bulunmasa dahi hâkimin davadan çekinmesi gerekir. Bu nedenle istinaf incelemesinde, hâkimin yasaklılığı sebeplerinden birisi tespit edilirse taraflar daha önce veya istinaf başvurusunda ileri sürmemiş olsa da bölge idare mahkemesi, kararı kaldırmalı ve dosyayı ilgili mahkemeye göndermelidir.

²² Gaziantep BİM, 1. İDD, E. 2017/1547, K. 2017/1492, T. 12.12.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 1. İDD, E. 2017/496, K. 2017/485, T. 18.10.2017, nakleden ÇI-NARLI, s. 160-161.

Hâkimin reddi hâlleri ise HMK'de tahdidi olarak sayılmamıştır. Bu sebeple hâkimin tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyecek yasaklılık dışındaki herhangi bir durum, hâkimin ret sebebini oluşturabilecektir. Her ne kadar İYUK'ta davaya reddedilmiş hâkim tarafından bakılması, geri gönderme sebebi olarak düzenlenmiş ise de bu düzenlemenin esasında haklı bir sebeple reddedilmiş ancak davadan çekilmemiş hâkim olarak yorumlanması gerekir. Aksi durumun kabulü, hâkimin her reddi durumunda dosyanın geri gönderilmesini gerektirir ki ilgili düzenleme ile amaçlanan da bu değildir²³.

Acaba taraflarca reddedilmemiş fakat bir ret sebebini varlığından bahisle davadan çekilmek isteyen hâkimin talebi, ilgili merci tarafından kabul edilmemiş ise bölge idare mahkemesi nasıl karar verecektir? Bir başka ifade ile her ne kadar çekilme talebini, ilgili merci kabul etmemiş olsa da çekilme gerekçesinin yerinde olduğunu değerlendiren bölge idare mahkemesi dosyayı geri mi gönderecek yahut merciin kararı ile bağlı kalarak hâkimin kendisinin çekilme sebebini yerinde olup olmadığını değerlendirmeyecek midir? İlgili kuralın ilk anda uyandırdığı anlam, sadece tarafların haklı bir sebeple hâkimin reddini talep etmesi ve bu talebin ilgili merci tarafından reddedildiği hâllerde dosyanın geri gönderileceğidir. Ancak ilgili kuralın amacı da dikkate alındığında hâkimin kendi kendisini reddetmesi, yani tarafların talebi olmasa da hâkimin haklı bir sebeple davadan çekilmesi talebinde bulunması ve bu talebin ilgili merci tarafından reddedilmesi hâllerinde de bölge idare mahkemesinin, kararı kaldırarak dosyayı geri göndermelidir fikri de ileri sürülebilir. İlgili hükümlerde bir açıklık olmadığından bu konuda bir düzenleme yapılması gerekir. Kanımızca hâkimin, haklı bir sebeple davadan çekilme talebinin reddi durumunda da dosyanın geri gönderilmesi gerekmektedir.

D. Danıştay'ın Bozma Kararına Uyan Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi

İstinaf mercilerinin temyize açık kararlarının temyiz edilmesi ve bu kararların bozulması durumunda, istinaf mercileri iki türlü karar verebilir. Bu durumda bölge idare mahkemesi ya bozma kararına uyabi-

²³ BARDAKCI, s. 425.

lir ya da bozma kararına direnebilir (md.50/3). Bu noktada şu soruyu sormak ve cevaplamak gerekir: Örneğin ilk derece mahkemesi süre aşımını nedeniyle ret kararı vermiş, bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu reddedilmiş ve daha sonra da temyiz yolunda Danıştay, süre aşımı olmadığını karar vererek dosyayı bozmuş ise bölge idare mahkemesi nasıl bir karar verecektir? Uygulamada bozma kararına uyan bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkemesi kararını kaldırmakta ve İYUK md. 45/5 uyarınca dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir²⁴. Öğretide ise böyle bir durumda, bölge idare mahkemesinin bozma kararına uyma yolunu seçerse esas hakkında da karar vereceği ifade edilmektedir²⁵.

Uygulamadaki durum kabul edilecek olursa bölge idare mahkemesi, Danıştay'ın süre aşımı olmadığı yönündeki kararına uyarak²⁶ ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmalı ve İYUK madde 45/5 uyarınca dosyayı ilgili mahkemeye göndermelidir. İYUK madde 45/5'in son cümlesinde bu fıkraya göre verilecek kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Buradaki kesinliğin ne anlama geldiği açık olmasa da bu karara karşı ilk derece mahkemesinin direnemeyeceği²⁷ ve yine bu karara karşı temyiz başvurusu yapılamayacağı²⁸ kabul edilmektedir. İYUK madde 45/5 açısından bakılacak olursa bölge idare mahkemesinin gönderme kararına karşı temyiz başvurusu yapılamayacaktır, İYUK madde 50/4 açısın-

²⁴ İzmir BİM, 3. İDD, E. 2020/342, K. 2020/404, T. 10.6.2020, Lexpera, E.T. 6.4.2022; İzmir BİM, 3. İDD, E. 2020/446, K. 2020/586, T. 14.9.2020, Lexpera, E.T. 6.4.2022; İstanbul BİM, 4. VDD, E. 2020/794, K. 2020/2434, T. 10.12.2020, Lexpera, E.T. 6.4.2022.

²⁵ CANDAN, s. 1153; ULUSOY, Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 814.

²⁶ Bölge idare mahkemesinin, kararında direnme hakkı vardır. Ancak sorun karara uyulması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple örneklerimiz karara uyulmasına ilişkindir.

²⁷ CANDAN, s. 1143. **Bu yöndeki karar için bkz.** İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/5138, K. 2017/4722, T. 6.12.2017, Lexpera, E.T. 9.2.2022.

²⁸ Danıştay 10. D., E. 2021/1127, K. 2021/3189, T. 9.6.2021, Lexpera, E.T. 6.4.2022; Danıştay 10. D., E. 2020/1353, K. 2020/1418, T. 28.5.2020, Lexpera, E.T. 6.4.2022; Danıştay 8. D., E. 2020/5248, K. 2021/3559, T. 1.7.2021, Lexpera, E.T. 6.4.2022; Danıştay 8. D., E. 2020/4968, K. 2020/5169, T. 18.11.2020, Lexpera, E.T. 6.4.2022; Danıştay 6. D., E. 2019/15619, K. 2020/9183, T. 12.10.2020, Lexpera, E.T. 7.4.2022. **Aksi yönde bkz.** Danıştay 8. D., E. 2018/6356, K. 2020/3661, T. 17.9.2020, Lexpera, E.T. 6.4.2022; Danıştay 6. D., E. 2021/8263, K. 2021/9940, T. 22.9.2021, Lexpera, E.T. 7.4.2022.

dan bakılacak olursa, uyma üzerine verilecek kararın temyiz edilmesi mümkündür. Bu durumda bölge idare mahkemesinin, bozma kararına uyarak gönderme kararı vermesi kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilecek midir? Danıştay 4. Dairesi, bazı kararlarında bölge idare mahkemesinin bozma kararına uyarak verdiği gönderme kararlarına karşı temyiz başvurusunu kabul etmiştir. Kararlara konu olayda bölge idare mahkemesi, Danıştay'ın bozma kararına uymuş, ancak İYUK madde 45/5'te tahdidi sayılan hâller olmamasına rağmen dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir. Bu kararlara karşı yapılan temyiz başvurusunda 4. Daire, İYUK madde 45/5'te gönderme hâllerinin tahdidi sayılmış olması sebebiyle bölge idare mahkemesinin, gönderme kararını bozmuştur²⁹. Danıştay 4. Dairesi, bölge idare mahkemesinin gönderme kararını bozma gerekçesinde İYUK madde 45/5'e dayanırken aynı fıkranın son cümlesindeki gönderme kararlarının kesinliğini göz ardı etmiştir. Hâlbuki daha önce de ifade ettiğimiz üzere İYUK madde 45/5 uyarınca verilen kararlar kesin olup temyiz edilemez. Bu nedenle Danıştay 4. Dairesi kararına katılmak hukuken mümkün değildir.

Danıştay 4. Dairesinin aksi yöndeki kararlarına rağmen Danıştay'ın bozma kararına uyularak, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve dosyanın gönderilmesi kararına karşı İYUK madde 45/5 uyarınca temyiz yolu kapalı olması gerekirken İYUK madde 50/4 uyarınca

²⁹ “Dosyanın incelenmesinden; davacı adına, defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinden bahisle vergi ziyayı cezalı olarak tarh edilen 2011/1 ila 12 dönemleri katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davanın reddine dair ... Vergi Mahkemesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddi yönünde verilen kararın; Danıştay Dördüncü Dairesinin 03/02/2020 tarih ve E:2018/5464, K:2020/398 sayılı kararı ile “davacının ilk derece mahkemesince yapılan yargılama aşamasında ibraz edebileceğini belirttiği defter ve belgeler istenilip, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında belirtilen inceleme yapılarak karar verilmesi gerektiği” gerekçesiyle bozulması üzerine temyize konu ... Bölge İdare Mahkemesi ... Vergi Dava Dairesinin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararı ile; bozma kararına uyulmak suretiyle davalı idarenin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenle; mezkur kanun hükmünde ancak tahdidi olarak sayılan hususlarda verilen kararlar hakkında dosya Vergi Mahkemesine gönderilebileceğinden temyize konu Vergi Dava Dairesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”, Danıştay 4. D., E. 2021/482, K. 2021/1079, T. 18.2.2021, Lexpera, E.T. 7.4.2022. Aynı yönde bkz. Danıştay 4. D., E. 2021/697, K. 2021/3167, T. 15.6.2021, Lexpera, E.T. 7.4.2022.

ise temyiz yolu açık olmalıdır şeklinde çelişir bir sonuç karşımıza çıkmaktadır. Ancak İYUK madde 50/4 ve 45/5 bir bütün olarak yorumlandığında, ilk derece mahkemesinin yeniden vereceği kararın istinafi ve sonrasında temyizi ile bölge idare mahkemesinin, bozma kararına uygun karar verip vermediği denetlenebilecektir. Öyleyse uygulamadaki durum, aslında çelişir bir sonuca yol açmadığı gibi madde 50/4 ve 45/5'in birbiri ile uyumlu bir şekilde yorumlanması mümkündür.

Kanımızca temyiz incelemesinde İYUK madde 45/5'te sayılan hâller ortaya çıkarsa, diğer bir ifadeyle ilk inceleme üzerine verilen kararların hukuka aykırı olduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut yasaklanmış ya da reddedilmiş hâkim tarafından bakıldığı gerekçeleriyle istinaf kararı bozulur ve bölge idare mahkemesi, bozma kararına uyma yolunu seçerse İYUK madde 45/5 uyarınca karar vermeli ve dosyayı ilgili mahkemeye göndermelidir. Bölge idare mahkemesinin bozma kararına uygun karar verip vermediğinin denetimi ise ilk derece mahkemesince yeniden verilecek karar üzerine yapılacak istinaf incelemesi sonrasındaki temyiz başvurusu yolu ile olacaktır. İYUK'un hükümleri, örneklerden de görüleceği üzere bizi, bu sonuca götürmektedir.

Nihayetinde şunu da söylemek gerekir ki bu hususta İYUK düzenlemeleri yetersizdir. Bölge idare mahkemesinin, İYUK madde 45/5'te sayılan hâller sebebiyle verilmiş bozma kararına uyması durumunda, nasıl bir karar vereceğinin açık bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Danıştay 4. Dairesinin istisna teşkil edecek kararlarındaki gibi bir uygulama ise bu konuda yapılacak açık bir düzenlemeye bağlı olduğundan hâlihazırda İYUK madde 45/5 uyarınca verilecek gönderme kararlarına karşı temyiz yoluna başvurunun mümkün olmadığını kabul etmek gerekir.

III. İDARİ YARGI UYGULAMASINDA DOSYANIN GÖNDERİLMESİ

A. Uygulamada Dosyanın Gönderilmesi Sebepleri

İdari yargı uygulamasında, İYUK madde 45/5'te belirtilen sebepler dışında çok çeşitli sebeplerle karar kaldırılarak dosya ilgili mahkemeye gönderilmektedir. Hemen hemen bütün bölge idare mahkemeleri, benzer sebeplerle dosyaları göndermektedir.

Daha önce yaptığımız belirlemeye göre mevcut mevzuat, ilk inceleme konularında hukuka aykırılık bulunduğu hâlde ilk derece mahkemesi bu hukuka aykırılığı tespit edemedi ise bölge idare mahkemesinin, kararı kaldırarak kendisinin karar vermesini gerektirmektedir. Ancak uygulamada bazı ilk inceleme konularında, bölge idare mahkemeleri kararı kaldırarak dosyayı geri göndermektedir. Özellikle dilekçe ret kararı verilmesi gerekirken bu yönde bir karar verilmediği durumlarda, dosya ilgili mahkemeye gönderilmektedir³⁰. Yine davaya bakmakla adli yargı görevli ise bölge idare mahkemesi kararı kaldırarak görevsizlik nedeniyle davanın reddine karar vermek yerine dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir.

En çok karşılaşılan geri gönderme sebeplerinden birisi, davaya tek hâkimin mi bakacağı yoksa heyetin mi bakacağı konusunda usul kullarına aykırılık durumudur. Bu durumda da ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak dosya geri gönderilmektedir³¹. Bir başka sebep ise eksik hüküm kurulmuş olmasıdır. Taleplerden bazıları hakkında hüküm kurulmamış olması da bölge idare mahkemesince geri gönderme sebebi olarak kabul edilmektedir³². Yine geri gönderme sebepleri arasında; duruşma talebi olmasına rağmen duruşma yapılmamış olması³³, hüküm fıkrası ile gerekçenin ya da görüşme tutanağının çelişmesi³⁴, yalnız davacıyı ilgilendiren davalarda davacının vefat etmiş olması³⁵, bilirkişi

³⁰ Konya BİM, 2. İDD, E. 2020/2334, K. 2020/2161, T. 8.10.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İzmir BİM, 6. İDD, E. 2017/252, K. 2017/434, T. 21.3.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2017/1014, K. 2017/942, T. 7.6.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

³¹ İzmir BİM, 1. VDD, E. 2020/1054, K. 2020/1212, T. 25.12.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/1972, K. 2017/4714, T. 5.12.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/2433, K. 2017/1955, T. 21.12.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

³² İstanbul BİM, 4. İDD, E. 2020/1135, K. 2020/1491, T. 4.11.2020, Lexpera, E.T. 9.2.2022; İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2018/29, K. 2020/642, T. 18.3.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

³³ Ankara BİM, 5. İDD, E. 2019/1613, K. 2020/988, T. 4.11.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/350, K. 2017/3709, T. 29.9.2017, Lexpera, E.T. 10.11.2021.

³⁴ İstanbul BİM, 4. VDD, E. 2020/682, K. 2020/1544, T. 8.10.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2017/2739, K. 2017/1601, T. 8.11.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2017/466, K. 2017/936, T. 7.6.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

³⁵ İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2020/505, K. 2020/1577, T. 7.10.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2017/3314, K. 2017/1858, T. 12.12.2017, Lexpera, E.T.

veya keşif incelemesi yapılması gerekirken yapılmamış olması³⁶, eksik inceleme yapılmış olması³⁷, hasım düzeltme kararı verilmesi gerekirken hasım düzeltilmeden yanlış hasımla davanın görülmüş olması³⁸, usulüne uygun tekemmül etmeyen dosya hakkında karar verilmiş olması³⁹, dava konusu imar planlarında yapılan değişikliğe rağmen menfaat ihlalinin devam edip etmediğinin incelenmemesi⁴⁰, derdestlik olmamasına rağmen derdestlik kararı verilmiş olması⁴¹, kesin hüküm olmamasına rağmen kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmesi⁴², davacının talep artırımı hakkının kullanılmaması⁴³, harç ve posta ücreti yatırılmaması nedeniyle davanın açılmamış sayılması kararının hukuka uygun bulunmaması⁴⁴, davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş olması⁴⁵ yer almaktadır.

Dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi kararlarında dikkat çeken kararlardan birisi ise Ankara Bölge İdare Mahkemesinin, Danıştay'ın kararı bozması sonrası verdiği bir karardır. İlgili davada, ilk dere-

8.2.2022; Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2018/9688, K. 2020/1759, T. 10.12.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

- ³⁶ İstanbul BİM, 7. İDD, E. 2021/1438, K. 2021/1715, T. 27.10.2021, yayımlanmamış karar; Konya BİM, 5. İDD, E. 2021/763, K. 2021/1643, T. 27.10.2021, yayımlanmamış karar; Ankara BİM, 5. İDD, E. 2020/516, K. 2020/356, T. 10.6.2020, Lexpera, E.T. 10.11.2021.
- ³⁷ Konya BİM, 5. İDD, E. 2021/1665, K. 2021/1475, T. 14.10.2021, yayımlanmamış karar; İstanbul BİM, 2. İDD, E. 2019/1460, K. 2020/441, T. 18.3.2020, Lexpera, E.T. 10.11.2021.
- ³⁸ Ankara BİM, 5. İDD, E. 2020/1063, K. 2021/1109, T. 21.10.2021, yayımlanmamış karar; İstanbul BİM, 1. İDD, E. 2020/355, K. 2020/1425, T. 23.10.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.
- ³⁹ Konya BİM, 2. İDD, E. 2020/1404, K. 2021/789, T. 22.4.2021, yayımlanmamış karar; İstanbul BİM, 9. İDD, E. 2021/275, K. 2021/303, T. 3.3.2021, yayımlanmamış karar.
- ⁴⁰ İzmir BİM, 3. İDD, E. 2020/838, K. 2020/850, T. 19.11.2020, Lexpera, E.T. 10.11.2021.
- ⁴¹ İstanbul BİM, 5. İDD, E. 2017/559, K. 2017/863, T. 31.5.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022; İstanbul BİM, 9. İDD, E. 2017/2705, K. 2017/2989, T. 21.11.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022.
- ⁴² İstanbul BİM, 9. İDD, E. 2017/2839, K. 2017/2385, T. 20.9.2017, Lexpera, E.T. 8.2.2022.
- ⁴³ Samsun BİM, 2. İDD, E. 2021/13, K. 2021/454, T. 31.3.2021, yayımlanmamış karar.
- ⁴⁴ Konya BİM, 2. VDD, E. 2019/827, K. 2020/33, T. 14.1.2020, Lexpera, E.T. 9.2.2022; İzmir BİM, 6. İDD, E. 2016/656, K. 2017/356, T. 2.3.2017, Lexpera, E.T. 9.2.2022.
- ⁴⁵ İzmir BİM, 5. İDD, E. 2021/1496, K. 2021/2019, T. 2.12.2021, yayımlanmamış karar.

ce mahkemesi kararı istinaf incelemesinden geçmiş ve bölge idare mahkemesi istinaf başvurularını reddetmiştir. Daha sonra karara karşı yapılan temyiz başvurusu haklı bulunmuş ve karar bozulmuştur. Bozma sonrasında dosya, bölge idare mahkemesine gelmiş ise de bölge idare mahkemesi bozma kararına uymuş ve Danıştay'ın bozma sebebinin esasa ilişkin olduğu gerekçesi ile dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir⁴⁶.

Örneklerden de görüleceği üzere idari yargı uygulamasında, bölge idare mahkemeleri İYUK madde 45/5'te sayılan hâller dışında birçok sebeple kararı kaldırarak dosyanın gönderilmesine karar vermektedir. İYUK madde 45/5 hükmü uyarınca ilk derece mahkemelerinin, gönderme kararlarına karşı direnme gibi bir usuli yola başvurması söz konusu değildir. Uygulamada bir ilk derece mahkemesi, gönderme kararının usulüne uygun olmadığı gerekçesi ile dosyayı bölge idare mahkemesine iade etmiştir. Bölge idare mahkemesi ise 45/5 hükmü uyarınca verilen kararların kesin olduğu, ilk derece mahkemesinin önceki kararında ısrar edilmesi sonucunu doğuracak şekilde dosyanın iade edilmesinin yasal bir dayanağı olmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı tekrar göndermiştir⁴⁷.

B. Dosyanın Gönderilmesinin Gerekçesi

Bölge idare mahkemelerinin kararlarına bakıldığında İYUK madde 45/5'te belirtilmediği hâlde dosyanın gönderilmesinin gerekçesi olarak dereceli yargılama hakkına dayanıldığı görülmektedir⁴⁸. Dereceli yargılama hakkı, ilk derece mahkemesince kurulan hükmün denetlenmesini talep etme hakkıdır⁴⁹. Anayasa'nın, yüksek mahkemelerin düzen-

⁴⁶ Ankara BİM, 5. İDD, E. 2020/1256, K. 2020/1046, T. 11.11.2020, Lexpera, E.T. 9.2.2022. İlgili davada istinaf talebinin reddine Ankara BİM 10. İDD karar vermişken, Danıştay'ın bozma sonrası kararı ise Ankara BİM 5. İDD vermiştir. Bunun sebebi ise iş bölümünde değişiklik yapılmış olmasıdır.

⁴⁷ İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/5138, K. 2017/4722, T. 6.12.2017, Lexpera, E.T. 9.2.2022.

⁴⁸ Bkz. dipnot 59 vd.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, kanun yolunu sınırlayan kuralların Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirirken dereceli yargılamaya değinmiştir, Anayasa Mahkemesi, E. 2012/40, K. 2012/158, T. 18.10.2012, **RG**, 12.05.2013-28645; Anayasa Mahkemesi, E. 2010/83, K. 2012/169, T. 1.11.2012, **RG**, 22.02.2013-28567.

lendiği 154. ve 155. maddelerine göre Danıştay ve Yargıtay, kanunun başka yargı mercilerine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Yine aynı maddeye göre kanunla gösterilen davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır. Bu hükümlerden hareketle Anayasa'nın en azından iki dereceli bir yargılama öngördüğü kabul edilmektedir⁵⁰. İlgili düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere her karara karşı Danıştay ve Yargıtay'a başvuru imkânı tanınması zorunlu olmayıp yasa koyucu, hükümlerin denetlenmesini bir başka yargı merciine de bırakabilir. Nitekim istinaf kanun yolu ile hükümlerin denetlenmesi esas olarak istinaf mercilerine bırakılmıştır.

Dereceli yargılama hakkının anayasal temelleri sadece 154. ve 155. maddeler değildir. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve keza adil yargılanma hakkı da anayasal dayanak olarak kabul edilmektedir⁵¹. Hak arama özgürlüğü, yargı mercileri tarafından da ihlal edilebileceği için yargı mercilerinin kararlarının da denetimi gerekmektedir⁵². Kanun yollarına başvuru hakkının usul ve esaslarının, kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi gerektiği de düşünüldüğünde adil yargılanma hakkı da dereceli yargılama hakkının önemli bir anayasal dayanağı olacaktır. Dereceli yargılama hakkının son anayasal dayanağı ise hukuk devleti ilkesidir. Devletin bütün eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı olmasını gerektiren hukuk devleti ilkesi⁵³, yargı kararlarının da denetimini gerektirmektedir. Zira yargı organı da devletin üç temel organın-

⁵⁰ ALANGOYA, Yavuz, “Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 30-31; PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt III, 15. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2017, s. 2153.

⁵¹ ALANGOYA, s. 33; ÖZEKES, Muhammet ve BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, **Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/1-a-6)**, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2021, s. 35.

⁵² SEVİNÇ, Ekin, “İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, S. 3, 2020, s. 433.

⁵³ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 124.

dan birisidir ve bu sebeple de yargı organının da hukuka uygun hareket etmesi gerekir⁵⁴. Yargı organının denetimi ise kendi içerisinde üst yargı mercilerinin gerçekleştireceği denetim ile sağlanacaktır⁵⁵.

Anayasal bir temele sahip olan dereceli yargılama hakkının, şeklen sağlanmış olması yeterli olmayıp gerçekten de dereceli yargılama gerçekleştirilmelidir. Gerçekten dereceli yargılamadan bahsedebilmek için her derece mahkemesince, kendi işini tam anlamıyla yerine getirmesi gerekmektedir⁵⁶. İstinaf incelemesine tabi kararlar açısından bakılacak olursa dereceli yargılamanın tam anlamıyla sağlanabilmesi için ilk derece mahkemesinin eksiksiz bir inceleme ve değerlendirme yaparak denetlenmeye mümkün bir karar vermesi gerekir. Keza istinaf incelemesinin de kendi çerçevesinde yapılarak, bir başka ifade ile tam bir istinaf incelemesi yapılarak sonuçlandırılması gerekir⁵⁷. Bu sebeplerle istinaf incelemesinin yapılmasına imkân verecek bir kararın olmaması, dereceli yargılama hakkını ihlal ettiği gibi istinaf mercilerinin de dosyayı hatalı olarak geri göndermesi, dereceli yargılama hakkını kısıtlayacaktır⁵⁸.

İşte bölge idare mahkemelerinin, gönderme gerekçesi de tam bu noktaya ilişkindir. Bölge idare mahkemelerine göre ilk derece mahkemesince daha önce yapılmış bir inceleme ve değerlendirme bulunmadığından ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak yeni bir karar verilirse, uyuşmazlık hakkında ilk defa karar verilmiş olacaktır. Bu durumda ise her ne kadar şeklen bir dereceli yargılama bulunsa da esasında tek dereceli bir yargılamadan söz edilecektir⁵⁹. Dereceli yargılamanın sağlanmadığı bu durumlarda, taraflar dereceli yargılamanın sağladığı güvence ve

⁵⁴ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 215; AKİL, Cenk, **İstinaf Kavramı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 230.

⁵⁵ SEVİNÇ, s. 429; AKİL, s. 230.

⁵⁶ ÖZEKES ve BORAN GÜNEYSU, s. 38.

⁵⁷ ÖZEKES ve BORAN GÜNEYSU, s. 38-40.

⁵⁸ ÖZEKES ve BORAN GÜNEYSU, s. 38-40.

⁵⁹ Ankara BİM, 3. İDD, E. 2017/388, K. 2018/1386, T. 7.5.2018, Lexpera, E.T. 10.2.2022; İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/5138, K. 2017/4722, T. 6.12.2017, Lexpera, E.T. 9.2.2022; Samsun BİM, 3. İDD, E. 2020/422, K. 2020/519, T. 29.6.2020, Lexpera, E.T. 10.2.2022; Ankara BİM, 4. İDD, E. 2021/1365, K. 2021/2227, T. 14.10.2021, yayımlanmamış karar.

faydalardan yararlanamayacağı gibi yargılama, yasa koyucunun iradesine aykırı olarak tek dereceli olacaktır⁶⁰. Bütün bu sebeplerle İYUK madde 45/5'te belirtilmemiş olsa da dereceli yargılamanın sağlanabilmesi için bazı durumlarda dosyanın, ilgili mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir⁶¹.

İYUK madde 45/5'in açık hükmüne rağmen sayılmayan hâllerde de dosyayı ilgili mahkemeye gönderen bazı bölge idare mahkemeleri, İYUK madde 45/5'i neden uygulamadığını da gerekçelendirmektedir⁶². Bu gerekçeye göre her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dereceli yargılamayı öngörmemiş olsa da AİHM içtihadı uyarınca eğer sözleşmeye taraf devletler, kanun yolu öngörmüş ise kanun yolu sisteminin de adil yargılanma hakkına uygun olması gerekmektedir⁶³. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılamada, adil yargılanma hakkı ilkeleri ihlali sonucu ortaya çıkmış ise bölge idare mahkemesinin dosyayı esastan karara bağlaması durumunda dereceli yargılama hakkının güvenceleri ve faydaları ortadan kalkacaktır. Bu kapsamda Anayasa madde 90 uyarınca uluslararası sözleşme hükmünün, İYUK madde 45'e nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir.

Bölge idare mahkemelerinin, dosyayı çeşitli sebeplerle geri göndermesinin bir diğer gerekçesi ise İYUK madde 45/4 hükmüdür. İYUK madde 45/4'e göre ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulun-

⁶⁰ İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/4628, K. 2018/2358, T. 27.6.2018, Lexpera, E.T. 10.2.2022.

⁶¹ Samsun BİM, 3. İDD, E. 2020/236, K. 2020/475, T. 15.6.2020, Lexpera, E.T. 10.2.2022.

⁶² İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/4628, K. 2018/2358, T. 27.6.2018, Lexpera, E.T. 10.2.2022; Gaziantep BİM, 2. VDD, E. 2020/461, K. 2020/979, T. 7.10.2020, Lexpera, E.T. 10.2.2022; Adana BİM, 2. VDD, E. 2020/992, K. 2020/602, T. 26.11.2020, Lexpera, E.T. 10.2.2022; İstanbul BİM, 2. VDD, E. 2017/5138, K. 2017/4722, T. 6.12.2017, Lexpera, E.T. 9.2.2022.

⁶³ AİHS, dereceli yargılama ve AİHM içtihadı için bkz. LEANZA, Piero ve PRİDAL, Ondrej, **The Right to a Fair Trial**, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2014, s. 71; VİTKAUSKAS, Dovydas ve DİKOV, Grigoriy, **Protecting The Right To A Fair Trial Under The European Convention On Human Rights**, 2. Edition, Council of Europe, 2017, s. 30; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 268; WENNERSTORM, Lars, "Uluslararası Standartlar Işığında Üç Dereceli Sistemin Gerekliliği", **Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı**, Ankara 2007, s. 13; ALANGOYA, s. 19.

mazsa karar kaldırılır ve bölge idare mahkemesince işin esası hakkında yeniden bir karar verilir. Madde 45/4 kuralındaki “işin esası hakkında yeniden bir karar verir” ibaresini lafzi olarak yorumlayan istinaf mercilerine göre işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi, işin esası hakkında daha önce bir karar verilmiş olmasına bağlıdır. Eğer işin esası hakkında daha önce bir karar verilmemiş ve bölge idare mahkemesi bir karar verirse, işin esası hakkında ilk defa karar verilmiş olacaktır. Bu sebeple işin esası hakkında daha önce karar verilmeyen durumlarda, dosyanın gönderilmesi gerekmektedir⁶⁴.

IV. HUKUK YARGILAMASINDA DOSYANIN GÖNDERİLECEĞİ HÂLLER

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da istinaf incelemesi neticesinde hangi hâllerde dosyanın gönderileceği düzenlenmiştir. Ancak HMK’deki düzenleme, İYUK’a göre daha geniştir. HMK’nin 353/1-a bendinde 6 farklı durumda, dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği belirtilmiştir. Buna göre;

- Yasaklanmış hâkimin davaya bakması,
- Haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakması,
- Görevsiz veya yetkisiz mahkemenin davaya bakması ya da görevli ve yetkili olmasına rağmen mahkemenin görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması,
- Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması,
- Usule aykırı olarak davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine ya da ayrılmasına karar verilmesi,
- Uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak ölçüde önemli delillerin toplanmamış ya da değerlendirilmemiş olması yahut talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemesi⁶⁵.

⁶⁴ İstanbul BİM, 7. İDD, E. 2020/1443, K. 2020/2145, T. 23.12.2020, Lexpera, E.T. 12.2.2022; Ankara BİM, 4. İDD, E. 2020/2017, K. 2020/2465, T. 13.10.2020, Lexpera, E.T. 12.2.2022; İstanbul BİM, 7. İDD, E. 2019/1353, K. 2020/542, T. 5.2.2020, Lexpera, E.T. 12.2.2022; Ankara BİM, 4. İDD, E. 2019/3961, K. 2020/806, T. 1.6.2020, Lexpera, E.T. 12.2.2022.

⁶⁵ HMK’nin bu alt bendi itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralı hukuka uygun bulmuştur, Anayasa Mahkemesi, E. 2020/101, K. 2021/95, T. 16.12.2021, RG, 31759-23.2.2022.

HMK'deki düzenlemeler, bazı yönlerden İYUK'tan farklılaşmaktadır. İlk olarak HMK'de, dosyanın hangi mahkemeye gönderileceğine ilişkin daha açık bir düzenleme mevcuttur. Buna göre bölge adliye mahkemesi, kararı kaldırması hâlinde dosyayı kararı veren mahkemeye veya yargı çevresinde uygun göreceği bir mahkemeye ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderecektir. Ancak görevsizlik veya yetkisizlik durumunda bu hükmün uygulanamayacağı yönünde öğretide görüşler bulunmaktadır⁶⁶. Zira HMK madde 20'ye göre görevsizlik veya yetkisizlik kararı kesinleştikten sonra ilgili mahkemeye başvurularak dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi talep edilmelidir. Bu sebeple her durumda istinaf incelemesi sonrasında dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁷. HMK'ye ilişkin bu tartışmalar bir yana idari yargı uygulamasının aksine hukuk yargılamasında dosyanın hangi mahkemeye gönderilebileceği konusunda daha açık bir düzenleme bulunmaktadır. Öğretide, İYUK'taki ilgili mahkeme ibaresinin dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine imkân tanıdığı ileri sürülse de idari yargı uygulamasının farklı yönde gelişmesi nedeniyle İYUK'taki ilgili hükmün revize edilmesi gerekmektedir.

İkinci olarak İYUK'ta, davaya reddedilmiş hâkim tarafından bırakılmış olması şeklinde bir ibare bulunurken HMK'de haklı olarak ileri sürülen ret sebebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakması şeklinde bir ibareye yer verilerek bu konuda da daha açık bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Üçüncü ve belki de en önemli farklılık HMK'de, İYUK'ta öngörülme-yen gönderme sebeplerinin sayılmış olmasıdır. Nitekim bu gönderme sebeplerinin bazılarında dolayı idari yargı uygulamasında da dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmektedir.

⁶⁶ Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. PEKCANİTEZ/ ÖZEKES/ AKKAN/ TAŞ KORKMAZ, s. 2272; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, "İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar", **TBB Dergisi**, S. 134, 2018, s. 334-336.

⁶⁷ PEKCANİTEZ/ ÖZEKES/ AKKAN/ TAŞ KORKMAZ, s. 2272-2273.

HMK'deki düzenlemeler üzerinde de tartışmalar mevcuttur. İlgili hükümlerin kapsamının belirsiz olduğu⁶⁸, bu nedenle geniş ya da dar yorumlanması yönünde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu görüş ayrılığı, özellikle uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış ya da değerlendirilmemiş olması üzerinedir. Bu belirsizlik beraberinde, bölge adliye mahkemelerinin uygulamalarının da birbirinden farklılaşmasını getirmektedir⁶⁹.

V. DEĞERLENDİRME

Gerek İYUK madde 45/5'te düzenlenen hâller gerekse HMK madde 353/1-a'da yer alan hâller, istinaf incelemesinin tam anlamıyla gerçekleşmesi için hukuka uygun bir ilk derece yargılaması neticesinde karar verilmesini sağlamaya yöneliktir. İlk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamayı sakatlayan ağır bir usul hatası var ise geçerli bir ilk derece yargılaması olmadığından ikinci derece yargılaması gerçekleştirilemeyecektir^{70, 71}. Eğer iki dereceli yargılamayı ortadan kaldıracak bi-

⁶⁸ Örneğin davaya yetkisiz mahkemenin bakması geri gönderme sebepleri arasında sayılmış iken ilgili hükmün, kesin yetki kurallarına mı aykırılık olduğu, yoksa haklı bir yetki itirazının reddedilmesi durumunu da mı kapsadığı belirsizdir. **Bu konuda bkz. KARAASLAN, Varol, "HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme", DÜHFD, C. 22, S. 37, 2017, s. 227-228.**

⁶⁹ Bu konudaki tartışmalar ve görüşler için **bkz. AKİL, Cenk, "Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 38, 2019, s. 1-17.**

⁷⁰ **BOZTAŞ, Nevzat, "İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Geçersizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi", MİHDER, C. 13, S. 37, 2017, s. 441.**

⁷¹ Anayasa Mahkemesi de HMK md. 353/1-a-6 "*Mahkemeye, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*" alt bendine ilişkin kararında bu hususa vurgu yapmıştır: "*İtiraz konusu kuralla uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmadığı veya değerlendirilmediği ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmediği gerekçesi ile kaldırma kararı verilmesi suretiyle yargılama usulüne ilişkin açık ve ağır nitelikteki ihlallerin delilleri ilk elden takdir edecek ve talep hakkında ilk kez karar verecek olan ilk derece mahkemesince giderilmesine imkân tanınmıştır. Nitekim anılan açık ve ağır ihlallerin yargılamanın eksik yapılmasına ve yargılama sonucunda verilen kararın temelinde ağır aksaklıkların bulunmasına neden olacağı açıktır. Böyle bir karar üzerinden yapılacak kapsamı ve sınırları belirli olan kanun yolu denetiminde ise bu aksaklık ve ihlallerin düzeltilmesi ya mümkün olmayabilecek ya da çok güç olacaktır. Dolayısıyla söz konusu açık ve ağır ihlallerin ilk derece mahkemesince giderilmesinin kanun yolu denetiminin daha sağlıklı yapılmasını ve*

çimde, bir başka ifade ile derecelerden birini kaldırır şekilde karar verilmiş ise ilk derece yargılamasının tekrarlatılması gerekmektedir⁷². Örneğin idari yargıda ilk inceleme üzerine davanın reddedilmesi hâlinde, istinaf mercii kararı kaldırır ve esastan bir karar verirse iki dereceli yargılama tam olarak gerçekleşmemiş olacaktır⁷³. Bu sebeplerle ilk derece mahkemesinin, uyuşmazlığa ilişkin olarak kanaati usule de uygun olarak⁷⁴ tam bir biçimde oluşmamış ise kararın kaldırılarak esastan yeniden karar verilmesi, istinafin amacına uygun düşmeyecektir⁷⁵.

Anayasa Mahkemesi de ceza yargılamasında istinaf kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye dair verdiği karar⁷⁶, bu görüşlerin önemini gösterir niteliktedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286. maddesinin 20/7/2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değişiklik yapılan (2) numaralı fıkrasının, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen (d) bendine⁷⁷ ilişkin verilen kararda, dereceli yargılama hakkının, bir başka ifadeyle hükmün denetlenmesi talep hakkının, orantısız bir biçimde kısıtlanması nedeniyle iptal kararı verilmiştir. İtiraz konusu hüküm ile bölge adliye mahkemelerinin, üst sınırı 2 yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlara dair verdiği kararlara karşı temyiz kanun yolu kapatılmıştır. Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin beraat kararı verdiği ancak bölge adliye mahkemesinin üst sınırı 2 yıla kadar hapis cezası gerektiren bir suçtan dolayı hüküm kurduğu hâller bakımından değerlendirme yaparak ilgili hükmü iptal

kısa sürede tamamlanmasını mümkün kılacağı anlaşılmaktadır.", Anayasa Mahkemesi, E. 2020/101, K. 2021/95, T. 16.12.2021, § 27, **RG**, 31759-23.2.2022.

⁷² BOZTAŞ, s. 446.

⁷³ CAN, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 1688.

⁷⁴ Nitekim Günday'a göre de ilk derece mahkemesince usul kurallarına açıkça aykırı olarak karar verilmiş ise hakkaniyete uygun verilmiş bir karardan bahsedilemeyecektir ve bu nedenle de bu karardaki eksikliklerin, istinaf aşamasında giderilmesi mümkün olmayacaktır, GÜNDAY, s. 494.

⁷⁵ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 1690.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/71, K. 2018/118, T. 27.12.2018, **RG**, 30687-15.2.2019.

⁷⁷ İtiraz konusu kural şöyledir: "*d) İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, ...temyiz edilemez.*"

etmiştir. Mahkemeye göre hükmün denetlenmesini talep hakkına dair güvenceler ancak aleyhe hüküm kurulduğu anda işlerlik kazanır. Bu nedenle ilk defa bölge adliye mahkemesince hüküm kurulan durumlarda da temyiz yolu kapatılarak hükmün denetlenmesini talep hakkı kısıtlanmış olmaktadır. Anayasa Mahkemesi getirilen bu kısıtlamayı, Anayasa madde 13 kapsamında değerlendirmiş ve getirilen sınırlamayı orantısız bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararından hareketle istinaf mercilerince ilk defa karar verilen hâllerde, dereceli yargılama hakkının kısıtlanmasının söz konusu olduğu ifade edilebilir. O hâlde her durumda bölge idare mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak kendisinin esastan karar vermesi dereceli yargılama hakkının ihlaline neden olacaktır. Bu sebeplerle, ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında eksiksiz bir hüküm kurulmayan durumlarda kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi, dereceli yargılama hakkını sağlar niteliktedir.

Bütün bu gerekçelerle bölge idare mahkemelerinin, dosyayı geri göndermesinin dereceli yargılama hakkını sağlamaya yönelik olduğu söylenebilir. Ne var ki mevcut idari yargı uygulaması, bazı yönlerden dereceli yargılamayı ihlal eder niteliktedir. İlk olarak ifade etmek gerekir ki dereceli yargılama hakkının tam anlamıyla sağlanabilmesi için her derecenin üzerine düşen görevi tam anlamıyla yerine getirmesi gerekmektedir. Nasıl ilk derece mahkemesinin denetlenebilir ve eksiksiz bir hüküm kurması gerekli ise istinaf mercilerinin de istinaf görevlerini tam olarak yerine getirmesi gerekir. İstinaf mercilerinin, dosyayı hatalı olarak geri göndermesi de dereceli yargılama hakkını ihlal edecektir⁷⁸. Mevcut idari yargılama uygulamasında, kanunla çizilen sınırın da dışına çıkarak daha önce ifade ettiğimiz birçok çeşitli sebepten dolayı dosya geri gönderilmektedir. Öyleyse mevcut uygulama da dereceli yargılama hakkını ihlal eder nitelikte gelişmiştir. Nitekim yukarıda bahsettiğimiz ve temyiz incelemesinde kararın esastan bozulduğu gerekçesiyle dosya-

⁷⁸ ÖZEKES ve BORAN GÜNEYSU, s. 40.

yı ilk derece mahkemesine gönderen bölge idare mahkemesi kararı, bu düşüncelerimizi kanıtlar nitelikte ve çarpıcı bir örnektir⁷⁹.

Bölge idare mahkemelerinin, dosyayı gönderme gerekçelerinden birisi de yasa koyucunun, dereceli bir yargılama öngördüğü ve bu nedenle bazı hâllerde geri gönderilmez ise yasa koyucunun iradesine aykırı olarak dereceli bir yargılama gerçekleşmeyeceği şeklindedir. Hâlbuki İYUK madde 45/5 de yasa koyucunun iradesinin bir yansımasıdır. Yasa koyucunun iradesine aykırı olduğu gerekçesiyle İYUK madde 45/5'te sayılmayan durumlarda da dosyayı geri gönderen bölge idare mahkemeleri, bu yönüyle aslında yasa koyucunun iradesine aykırı hareket etmektedir.

Bölge idare mahkemelerinin bir diğer gerekçesi, hukuka uygun bulunmayan kararın kaldırılarak yeniden karar verilmesini düzenleyen İYUK madde 45/4 fıkrası lafzıdır⁸⁰. İlgili kuralın yorumundan hareketle dosyayı geri gönderen bölge idare mahkemeleri, İYUK madde 45/5'in açık hükmüne aykırı hareket etmektedir. İYUK madde 45/4 hükmünün lafzi yorumu, bölge idare mahkemelerinin gerekçesinin haklı olduğu intibai uyandırıyor olsa da madde 45/5'in açık hükmü karşısında dosyanın geri gönderilmesi kanuna uygun durmamaktadır. Fakat yine de bölge idare mahkemelerinin bu gerekçesi, madde 45/4 ile 45/5 fıkralarının birbiri ile tam uyumlu olmadığını göstermektedir.

Bölge idare mahkemelerinin, çok çeşitli sebeplerle dosyayı geri göndermesi dereceli yargılama hakkını ihlal eder nitelikte olmakla beraber İYUK'taki düzenlemenin yetersiz olduğu da açıktır. Uyuşmazlığın esastan karara bağlanmadığı birçok durum, İYUK madde 45/5'te sayılmamıştır. Bu sebeple İYUK madde 45/5'in, dereceli yargılama hakkı çerçevesinde yeniden ele alınması gerekmektedir. Bu konuda HMK'deki

⁷⁹ **Bkz.** dipnot 46. Benzer bir örnek de Ankara BİM 4. İDD kararlarında karşımıza çıkmaktadır. İlgili istinaf mercii, bazı kararlarında disiplin cezasını şekil unsurundan iptal eden kararı hukuka aykırı bulmuştur. Ancak dava konusu işlemi, şekil unsurundan iptal eden ilk derece mahkemesi kararını, esastan verilmiş bir karar olmadığını değerlendiren istinaf mercii, kararı kaldırarak dosyayı geri göndermiştir, Ankara BİM, 4. İDD, E. 2019/3961, K. 2020/806, T. 1.6.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022; Ankara BİM, 4. İDD, E. 2020/165, K. 2020/1186, T. 11.6.2020, Lexpera, E.T. 8.2.2022.

⁸⁰ **Bkz.** dipnot 64.

düzenlemeler bir örnek teşkil edebilecektir. Fakat yapılacak yeni düzenlemede, HMK'deki tartışmalar ve idari yargılama usulünün kendine özgü özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda uyuşmazlığın esasının karara bağlanmadığı ve yargılamayı sakatlayan ağır usul hataları var ise dosyanın geri gönderilmesinin sağlanması, dereceli yargılamayı sağlayacaktır. Ancak kanunda belirtilecek bu hâller dışına çıkılmasının önüne geçilmesi de gerektiğinden bölge idare mahkemesinin yeniden karar vermesini düzenleyen İYUK madde 45/4 hükmü de madde 45/5 ile uyumlu olacak biçimde değiştirilmelidir.

Bazı bölge idare mahkemelerinin, İYUK madde 45/5'i ihmal ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulaması⁸¹ da tartışmaya değerdir. İlk olarak belirtmek gerekir ki AİHS'de dereceli yargılama, zorunlu tutulmamıştır⁸². Ancak ilgili mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere eğer bir kanun yolu öngörülmüş ise bu kanun yoluna ilişkin usul ve esasların, adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. AİHM'nin bu içtihadından hareketle, dereceli yargılama hakkının AİHS kapsamında tanınan bir hak olduğunun kabulü mümkün değildir. Elbette kanun yoluna başvuruya ilişkin usul ve esasların mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğü gibi adil yargılanma ilkelerine uygun olması gerekir. Ancak bu gereklilik, dereceli yargılama hakkının AİHS kapsamında korunan müstakil bir hak olduğunu göstermez. Bölge idare mahkemelerinin bu gerekçesinden çıkan anlama göre dereceli yargılama öngörülmesi zorunlu değildir ama dereceli yargılama öngörülmüşse kısıtlanamaz ve kararın kaldırılarak esastan karar verilmesi ise bu hakkın kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bölge idare mahkemelerinin bu gerekçelerinin aksine bu hakkın kısıtlanabileceği kabul edilmektedir ki yukarıda belirttiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında⁸³ da bu hakkın kısıtlanması, Anayasa madde 13 kapsamında değerlendirilmiştir. Keza kanun yoluna başvuru hakkına ilişkin getirilen parasal sınır vb. düzenlemeler de esasında bu hakkın sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bütün bu gerekçelerle bazı bölge idare mahkemeleri-

⁸¹ Bkz. dipnot 62.

⁸² AİHS ek 7. Protokol ile ceza yargılamalarında, dereceli yargılama zorunlu tutulmuştur.

⁸³ Bkz. dipnot 76.

nin, Anayasa madde 90'dan hareketle İYUK madde 45/5'i ihmal etmesi, hukuk tekniği açısından sakıncalıdır.

SONUÇ

Yasal düzenleme ve bölge idare mahkemesi kararları bir bütün olarak dikkate alındığında, idari yargıda istinaf incelemesinde dosyanın ilk derece mahkemeye gönderilmesi konusunda, uygulamada ciddi bir sorun mevcuttur. 5. fıkrada sayılan tahdidi durumlar dışında birçok çeşitli sebeple dosya, ilgili mahkemeye gönderilmektedir. İYUK madde 45/5'in yetersiz bir düzenleme olduğunu kabul etmekle birlikte mevcut idari yargı uygulamasının kontrol edilemez bir şekilde gelişmesi de dereceli yargılama hakkının, bizzat bölge idare mahkemesince kısıtlanmasına neden olmaktadır. Zira istinaf mercileri, kanunla kendilerine verilen istinaf görevlerini yerine getirmeyerek ikinci derece yargılama hakkını ihlal etmektedir. Hâl böyle iken dereceli yargılama hakkı gerekçesiyle dosyayı ilgili mahkemeye gönderen bölge idare mahkemelerinin, bizzat kendilerinin dereceli yargılama hakkını çiğnemesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Mevcut uygulama ve yasal düzenleme karşısında, İYUK madde 45/5'in yeniden düzenlenmesi gerektiği açıktır. Düzenleme yapılırken mevcut sorunlar ve idari yargının kendine özgü yönleri dikkate alınarak dereceli yargılama hakkının, tam anlamıyla gerçekleşmesine imkân sağlanmalıdır. Elbette yeni düzenleme, uygulamaya yasal zemin sağlamak amacıyla değil, dereceli yargılama hakkının temin edilmesi amacıyla yapılmalıdır. Bölge idare mahkemeleri ise yasa koyucunun iradesine uygun olarak sadece kanunda belirtilen sebeplerle dosyayı ilgili mahkemeye göndermelidir. Bu doğrultuda bölge idare mahkemelerinin yeniden karar vereceğini düzenleyen İYUK madde 45/4 hükmünün de madde 45/5 hükmü ile uyumlu olacak biçimde değiştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- AKİL, Cenk, *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- AKİL, Cenk, “*Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 38, 2019, s. 1-17.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- ALANGOYA, Yavuz, “*Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı*”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 17-48.
- BARDAKCI, Mehmet Akif, “*Medeni Usul Hukukunda İstinaf ile Karşılaştırılmalı Olarak İdari Yargılama Hukukunda İstinaf*”, *MİHDER*, C. 12, S. 34, 2016, s. 401-448.
- BOZTAŞ, Nevzat, “*İlk Derece Mahkemesi Kararlarının Eksik Tahkikat veya Geçersizlik Nedeniyle İstinaf Mahkemesince Kaldırılması Meselesi*”, *MİHDER*, C. 13, S. 37, 2017, s. 423-456.
- CANDAN, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ÇINARLI, Serkan, *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- GÜNDAY, Metin, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- KARAASLAN, Varol, “*HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme*”, *DÜHFD*, C. 22, S. 37, 2017, s. 219-239.
- LEANZA, Piero ve PRİDAL, Ondrej, *The Right to a Fair Trial*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2014.

- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ÖZEKES, Muhammet ve BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/1-a-6), Onikilevha Yayınları, İstanbul 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞKORKMAZ, Hülya, Medenî Usûl Hukuku, Cilt III, 15. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2017.
- SEVİNÇ, Ekin, “İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 3, 2020, s. 421-445.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, TBB Dergisi, S. 134, 2018, s. 313-354.
- ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- VİTKAUSKAS, Dovydas ve DİKOV, Grigoriy, Protecting The Right To A Fair Trial Under The European Convention On Human Rights, 2. Edition, Council of Europe, 2017.
- YILDIRIM, Ramazan, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2015, s. 33-53.
- YILDIRIM, Turan ve FİŞ ÜSTÜN, Gül, Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, Onikilevha Yayınları, Ankara 2020.
- WENNERSTORM, Lars, “Uluslararası Standartlar Işığında Üç Dereceli Sistemin Gerekliliği”, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, Ankara 2007, s. 12-16.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL*

Öz

Mirasbırakanın saklı payları ölüme bağlı tasarrufuna konu etmesi kural olarak mümkün değildir. Mirasçılıktan çıkarma ise mirasbırakana belirli şartlar altında saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarma imkanı sağlayan maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruftur. Mirasbırakan böylece mirasçyı saklı pay korumasından mahrum bırakmış olur. Mirasçılıktan çıkarma cezai veya koruyucu nitelik taşıyabilir. Kanun koyucu her iki tür mirasçılıktan çıkarmayı da birbirinden farklı şartlara tabi kılmıştır. Bu konuda çok sayıda mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu çalışmada Yargıtay uygulamasına göre mirasçılıktan cezai ve koruyucu çıkarmanın geçerlilik şartları ayrı başlıklar altında incelenecektir. Ayrıca her iki mirasçılıktan çıkarma türü bakımından da çıkarma tasarrufunun geçersizliği iptal ve tenkis davaları bağlamında açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Mirasçılıktan Çıkarma • Miras Hukuku • Saklı Pay • Yasal Mirasçılık • Ölüme Bağlı Tasarruf

* Dr. Öğr. Üyesi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Fatih Sultan Mehmet Vakıf University Faculty of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Turkey.

✉ dbkartal@fsm.edu.tr • ORCID 0000-0002-2615-5698

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARTAL Dilşah Buşra, "Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 605-636.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

THE VALIDITY CONDITIONS OF THE DISINHERITANCE IN LIGHT OF THE TURKISH SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

In principle, the inheritor cannot make testamentary dispositions regarding the reserved shares. However, disinheritance is a material testamentary disposition that allows the inheritor to exclude a legal heir with a reserved share from the inheritance under certain conditions. This way the inheritor deprives the legal heir of the protection of the reserved shares. Disinheritance can be punitive or protective. The lawmaker subjected each of the disinheritance types to different conditions. There are many court decisions regarding this subject. In this paper, the validity conditions of punitive and protective disinheritance in light of the Turkish Supreme Court's practice are examined in different sections. Moreover, the invalidity of both of the disinheritance types is explained in the context of annulment and reduction lawsuits.

Key Words

Disinheritance • Law of Inheritance • Reserved Share • Legal Inheritance
• Testamentary Disposition

GİRİŞ

Mirasçılıktan çıkarma; mirasbırakanın saklı paylı bir mirasçığı, mirasçının malvarlığının borca batık olması halinde veya aile bağlarını sarsan bazı davranışları nedeniyle mirastan uzaklaştırmasına imkan tanıyan tek taraflı ölüme bağlı tasarruftur¹. Mirasçılıktan çıkarmaya sadece saklı paylı mirasçılar muhatap olur². Zira mirasbırakanın saklı pay-

¹ OĞUZMAN, M. Kemal, *Miras Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, 1995, s. 209; YAĞCI, Kürşad *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)*, İstanbul, 2013, s. 13; DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, *Türk Özel Hukuku Miras Hukuku*, C. IV, 16. Bası, İstanbul, 2021, s. 204; SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay *Miras Hukuku*, 7. Bası, Ankara, 2021, s. 382; ÇUBUKGİL, Rıza, "Mirasın Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3-4, 1950, s. 441-467, s. 443; GÖNEN, Doruk, "Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015, s. 328.

² OĞUZMAN, s. 209; DURAL/ ÖZ, s. 205; YAĞCI, s. 13; ERGÜNE, Mehmet Serkan, *Vasiyetnamenin Yorumu*, İstanbul, 2011, s. 170; ÇUBUKGİL, s. 447; GÖNEN, s. 336; ÇAKIN, Nur, "Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 1974, s. 523-536, s. 523; ŞENER, Esat, *Miras Hukuku*, Ankara, 1977, s. 215 (Miras); İMRE, Zahir/ ERMAN, Hasan, *Miras Hukuku*, 14. Bası, İstanbul, 2018, s. 246; İNAN, Ali Naim/ ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, 10. Bası, Ankara, 2019, s. 262.

lı olmayan mirasçılarının payları üzerinde herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan ölüme bağlı tasarruflarda bulunması zaten mümkündür³. MK m. 506 uyarınca mirasbırakanın saklı paylı mirasçıları; altsoyu, anne – babası ve eşidir. Altsoyun kapsamına mirasbırakanla arasında soybağı kurulmuş olan çocuklar kadar evlatlık ve altsoyu da girer⁴. Dolayısıyla evlatlığın mirasçılıktan çıkarılması da mümkündür⁵.

Mirasçılıktan çıkarma MK m. 510- 513 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler vasıtasıyla kanun koyucu mirasbırakana mirasçiyi mirastan uzaklaştırması konusunda bir takdir hakkı ve serbest alan tanımıştır. Bu serbest alanın varlığı, mirasçılıktan çıkarmanın, buna yakın bir kavram olan mirastan yoksunluk (MK m. 578) ile arasındaki farklardan birini de teşkil eder. Şöyle ki, mirastan yoksunlukta da aşağıda inceleyeceğimiz cezai çıkarmada olduğu gibi mirasçının mirasbırakan ile arasındaki ilişkiyi dönülmez biçimde zedeleyen bir fiili bulunmaktadır ve buna dayalı olarak mirasçının mirastan uzaklaştırılması gerekmektedir⁶. Ancak buradaki fiil ya mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yapılamayacağı bir anda gerçekleşmiştir ya da bu fiil nedeniyle mirasbırakan çıkarma tasarrufunu yapamayacak hale gelmiştir⁷. Dolayısıyla kanun koyucu, mirasbırakanın bu yönde bir ölüme bağlı tasarrufu bulunup bulunmadığını dikkate almaksızın mirasçiyi mirastan dışlamıştır⁸.

³ SEROZAN/ ENGİN, s. 384; ÇAKIN, s. 523; ÇUBUKGİL, s. 447; İMRE/ ERMAN, s. 246; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 262. "...ancak saklı paylı mirasçılar mirasçılıktan çıkarılabilir. Saklı payı bulunmayan bir mirasçının mirastan çıkarılmasına ihtiyaç yoktur. Zira, saklı pay dışında kalan kısım tasarruf edilebilir kısmı teşkil eder ve vasiyet eden esasen bunun üzerinde dilediği gibi serbestçe tasarruf edebilir..." Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/7692 E. 2017/4540 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

⁴ YAĞCI, s. 94, ÇABRİ, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C. I, İstanbul, 2018, s. 250.

⁵ Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K.; Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 13.3.2018 t. 2016/9952 E. 2018/2354 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

⁶ ÇUBUKGİL, s. 445; ŞENER, Esat, "Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", Yargıtay Dergisi, C. 2, S. 3, Temmuz 1976, s. 101-125, s. 101 (Mirasçılık Sifatı); ENGİN, Baki İlkay, Mirastan Yoksunluk, İstanbul, 2010, s. 43-44.

⁷ SEROZAN/ ENGİN, s. 451; ENGİN, s. 44; ÇUBUKGİL, s. 446; YAĞCI, s. 57.

⁸ SEROZAN/ ENGİN, s. 452; ENGİN, s. 44; ÇUBUKGİL, s. 446; ŞENER, Mirasçılık Sifatı, s. 102; ÇAKIN, s. 523; İMRE/ ERMAN, s. 247. Mirasçılıktan çıkarma ile mirastan yoksunluk arasındaki tek fark bu değildir. Bir kere, mirasçılıktan çıkarma sadece saklı paylı mirasçılar için söz konusu olabilecek iken, mirastan yoksunluk saklı paylı olsun ya da olmasın tüm mirasçılar veya vasiyet alacaklıları bakımından gündeme gelebilir. Keza mirastan yoksunluk sadece mirasbırakana yönelen fiiller-

Mirasçılıktan çıkarma sebepleri kanunda sayılmıştır. Bu sebepler sınırlı sayı prensibine tabi olup yorum yoluyla genişletilemez.

I. MİRASÇILIKTAN CEZAI ÇIKARMA

A. Mirasçılıktan Cezai Çıkarma Kavramı ve İşlevi

Mirasçılıktan cezai çıkarma, saklı paylı mirasçının saklı pay kurumuna temel teşkil eden aile bağlarını MK m. 510'da öngörülen davranışlardan en az birini yaparak kusurlu ve ağır biçimde sarsması nedeniyle mirasbırakan tarafından mirasçılıktan çıkarılmasıdır⁹. Bu bağlamda cezai çıkarma esasında özel hukuk cezası niteliğindedir¹⁰.

Cezai çıkarma mevcut saklı paylı mirasçıların yanı sıra muhtemel saklı paylı mirasçılar için de yapılabilir¹¹. Bu kapsamda örneğin, mirasbırakan kendisine karşı beraberce bir suç işledikleri için hem çocuğunu hem de normal şartlar altında çocuğunun yerine geçecek torununu mirasçılıktan çıkarabilir¹². Ancak Yargıtay mirasbırakanın kendisine karşı suç işleyen oğlu ile birlikte oğlunun altsoyunu da mirasçılıktan çıkardığı bir kararında muhtemel saklı paylı mirasçıların çıkarma tasarrufuna konu edilemeyeceğine hükmetmiştir¹³. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bura-

de gündeme gelebilecek iken, mirasçılıktan çıkarmaya dayanak teşkil eden fiil, mirasbırakanın yakınlarına da yapılabilir. Bu iki kurum arasındaki farka ilişkin olarak bkz: SEROZAN/ ENGİN, s. 452; ÇUBUKGİL, s. 445-446; ŞENER, Mirasçılık Sıfatı, s. 101-103.

⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 306; YAĞCI, s. 19; ŞENOCAK, Zarife, "Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 421-429, s. 421.

¹⁰ SEROZAN/ ENGİN, s. 382; ÇUBUKGİL, s. 443; GÖNEN, s. 336.

¹¹ YAĞCI, s. 96.

¹² YAĞCI, s. 96-97.

¹³ "...Diğer davacı Hafize'nin temyizinin incelenmesine gelince; Miras bırakan Yusuf, 21.03.1989 tarihli vasiyetnamesiyle; "oğlu Ercüment'i kendisini öldürmeye teşebbüs ettiğinden ve eşinin kardeşi Cavit'i öldürdüğünden ve bu hususun Manisa Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1988/16 esas, 1988/53 karar sayılı kararıyla sübuta ermiş bulunduğundan bahisle, mirasından iskat ettiğini bildirmiş, aynı tasarrufunda, Ercüment'in fürularının da terekeden mahfuz hisse talep edemeyeceklerini ... " beyan etmiş, 15.02.2007 tarihinde vefat etmiştir. Davacı Hafize, iskat edilen Ercüment'in çocuğu, miras bırakan Yusuf'un torunudur. Miras, miras bırakanın ölümüyle açılır (TMK m. 575/1). Mirasçılık ve mirasın geçişi miras bırakanın ölümü tarihine göre belirlenir. Türk Medeni Kanunu'nun 510/1. maddesi uyarınca ancak "saklı paylı mirasçılar" mirasçılıktan çıkarılabilir. Miras bırakanın ölümü tarihinde oğlu Ercüment sağ olduğuna göre, Hafize'nin mirasın açıldığı tarihte saklı paylı mirasçılığı söz konusu değildir. Dolayısıyla vasiyetnamede yer alan "Ercüment'in fürularına" ilişkin tasarruf Hafize bakımından geçerli değildir. O halde, Hafize ile ilgili tasarruf yönünden davanın kabulüne, vasiyetnamenin "Ercüment'in fürularına" ilişkin bölümünün

daki problemi muhtemel mirasçılarının mirasçılıktan çıkarılması üzerinden değil, mirasçılıktan çıkarma sebebinin kişiselliği üzerinden değerlendirerek çözmesi icap ederdi. Böylece eğer muhtemel mirasçılarının suça iştirakleri söz konusu değilse veya çıkarma sebebi teşkil edecek başka davranışları yoksa mirasçılıktan çıkarılmayacaklarına hükmedilmeliydi. Ancak çıkarılan mirasçılarının muhtemel mirasçı statüsünde olmaları bu değerlendirmede rol oynamamalıydı.

B. Geçerlilik Şartları

1. Genel Olarak

Mirasçılıktan cezai çıkarmanın şartları MK m. 510'da düzenlenmiştir. Buna göre;

“Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir:

1. *Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,*

2. *Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse.”*

Görüldüğü üzere; mirasçılıktan cezai çıkarmanın iki temel şartı bulunmaktadır. Bunlar, çıkarma sebeplerinden birinin gerçekleşmesi ve çıkarmanın ölüme bağlı tasarruf biçiminde yapılmasıdır.

2. Çıkarma Sebeplerinin Gerçekleşmesi

a. Mirasçının Ağır Bir Suç İşlemesi

i. Ağır Suç Niteliğinde Bir Fiilin Bulunması

Cezai çıkarma sebeplerinden ilki saklı paylı mirasçının mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemesidir (MK m. 510). Bir görüşe göre¹⁴, Türk Ceza Kanunu kapsamında suç olarak düzenlenmeyen

iptaline karar verilmesi gerekirken, onun yönünden de ret hükmü kurulması doğru bulunmamıştır.” Yarg. 2. HD., 2.7.2009 t. 2008/3734 E. 2009/13172 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

¹⁴ TONGSİR, Ferih B., Türk Hukukunda Mirastan Iskat, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956, s. 24; OĞUZMAN, s. 210; ÇAKIN, s. 525; YAĞCI, s. 120-121; İMRE/ ERMAN, s. 248; ÇABRİ, s. 254; ERSÖZ, Oğuz, “Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 14, Y. 2019, s. 195-254, s. 217; EREN, Fikret/ YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2020, s. 197; BELEN, Herdem, Miras Hukuku Şema Kitap, 2. Bası, İstanbul, 2021, s. 64; SEZEN, Cehdi Cihan, Türk Miras Hukukunda Mirastan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 38; TANRIVERDİ, Ali Deniz, Türk Medeni Huku-

fiiller ve kabahatler çıkarma sebebi olamaz. Diğer görüşe göre ise¹⁵; ceza hukuku mevzuatında gerek suç gerekse kabahat olarak düzenlenmiş fiiller aile bağlarına yaptıkları etkiye göre çıkarma sebebi olabilir. Kanaatimizce kanunun fiilin suç niteliği taşıması gerektiğine ilişkin açık lafzı karşısında kabahatlerin çıkarma sebebi teşkil edebileceğini kabul etmek mümkün değildir.

Kanun koyucu suçun ağır olmasını aramıştır. Suçun ağırlığını hakim takdir yetkisini kullanarak; ceza hukuku kuralları bağlamında değil, işlenen fiilin aile bağlarına yaptığı etki bakımından medeni hukuk esaslarına göre değerlendirecektir¹⁶. Suç teşkil eden fiilin mirasbırakanın şahsına veya malvarlığına yönelmesi bu bakımdan fark yaratmaz¹⁷. Yargıtay saklı paylı mirasçının mirasbırakanın kolunun şişmesine neden olacak şekilde mirasbırakanı hırpalayıp hakaret ettiği olayda çıkarma sebebinin gerçekleştiğine hükmetmiştir¹⁸.

Mirasçının suça asli veya ferî iştiraki mirasçılıktan çıkarma bakımından önemli değildir¹⁹. Dolayısıyla, kocasını dövmesi için çocuğunu teşvik eden kadın da mirasçılıktan çıkarılabilir²⁰. İşlediği suça binaen saklı paylı mirasçı hakkında kovuşturma yapılmaması, af çıkması ve

kunda Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s. 24.

¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 309-310.

¹⁶ TONGSİR, s. 26; TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ JUNGO, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Bası, Zürih-Basel-Genf, 2015, s. 844; OĞUZMAN, s. 211; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 309; DURAL/ ÖZ, s. 206; ÇUBUKGİL, s. 450; ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2021, s. 258; BELEN, s. 64; ŞENOC AK, s. 422; GÖNEN, s. 330; ÇAKIN, s. 524; İMRE/ERMAN, s. 248; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 264; BESSENICH, Balthasar, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, C. II, 3. Bası, Basel, 2007, Art. 477, N. 11.

¹⁷ ÇABRİ, s. 261; ERSÖZ, s. 221; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 311 dn. 17; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 11. Bası, Ankara, 2020, s. 145; YAĞCI, s. 103; BAYDAR, Utku, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 31; Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 30.11.2015 t. 2015/11678 E. 2015/19101 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

¹⁸ Yarg. 3. HD., 14.3.2019 t. 2018/7003 E. 2019/2130 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 12.4.2022).

¹⁹ TONGSİR, s. 24; DURAL/ ÖZ, s. 206; ANTALYA, s. 258; ŞENOC AK, s. 423; ÇAKIN, s. 525; ŞENER, Miras, s. 220; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 265; BELEN, s. 64; KULAKLI, Erhan, "Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Teşkil Eder Mi?", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2020, s. 289-307, s. 296. Aksi yönde bkz: BAYDAR, s. 28.

²⁰ DURAL/ ÖZ, s. 206.

suçun zamanaşımına uğraması halinde dahi mirasbırakan çıkarma tasarrufunda bulunabilir²¹. Yargıtay suçun teşebbüs halinde kalmasını da çıkarma sebebi olarak yeterli görmektedir²².

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda mirasbırakanın yakınlarına karşı işlenen suça yönelik yürütülen davanın şikayetin geri alınması sebebiyle düşmesi halinde dahi bu suçlara dayalı olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulabileceğine hükmedilmiştir²³. Mirasbırakanın yakınlarının şikayetlerini geri çekmesi tek başına mirasbırakan ve mirasçı arasında kopan bağları onarmaya yetmeyeceği için kanaatimizce karar yerindedir. Ancak mirasçının yapılan yargılama sonucunda fiili işlemediğine, kusuru bulunmadığına veya hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olduğuna kanaat getirilerek beraat etmesi halinde bu fiile istinaden çıkarma tasarrufunda bulunulamaz²⁴. Yargılama süreci tamamlanmadan önce mirasbırakanın saklı paylı mirasçının bu suçu işlediğine inanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunup ölmesi ve ölümünden sonra aynı nitelikte bir beraat kararı verilmesi halinde de çıkarılan mirasçı MK m. 512/III uyarınca çıkarmanın iptalini talep edebilmelidir.

ii. Suçun Mirasbırakana veya Yakınlarından Birine Karşı İşlenmesi

Kanun koyucu suçun sadece mirasbırakana değil, onun yakınlarına karşı işlenmesini de çıkarma sebebi olarak kabul etmiştir. Mirasbırakanın yakınlarının kapsamına sadece akrabalar değil, mirasbırakan ile arasındaki manevi bağları kuvvetli olan herkes; bu bağlamda, mirasbırakanın dostları, sevgilisi, nişanlısı da girer²⁵. Kendisine karşı suç işlenen

²¹ OĞUZMAN, s. 210; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 308-309; DURAL/ ÖZ, s. 206; ÇUBUKGİL, s. 448; ANTALYA, s. 257; ŞENOCAK, s. 422; GÖNEN, s. 330; YAĞCI, s. 130-131; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 265.

²² "...Mirasçının murisine ve onun yakınlarına karşı ağır bir suç işlemedir. Bu suçun tamamlanması şart olmadığı gibi bu konuda bir mahkumiyet kararı bulunması da koşul değildir. Afdan ve zamanaşımından yararlanılmasının da önemi yoktur..." Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021). Aynı yönde bkz: Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 30.11.2015 t. 2015/11678 E. 2015/19101 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

²³ İzmir BAM, 1. HD., 27.3.2018 t. 2018/227 E. 2018/482 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

²⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2019, s. 180; SEZEN, s. 39.

²⁵ TONGSİR, s. 27; ESCHER, Arnold, Das Erbrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, C. III/I, Zürich, 1959, Art. 477, N. 15; TUOR, Peter, Das Erbrecht,

kişinin mirasbırakanın yakını olup olmadığını hakim takdir yetkisini kullanarak tespit eder²⁶. Yargıtay yakın kavramını geniş yorumlamakta ve öğretmen, öğrenci, mirasbırakanı koruyan veya onun baktığı, koruduğu kişileri de bu kapsama sokmaktadır²⁷.

Bir görüşe göre²⁸, mirasbırakan ile yakınlık bağları kopmuş olan bir kişiye karşı (örneğin, mirasbırakanın daha önce mirasçılıktan çıkarıldığı bir çocuğuna karşı) işlenen suç çıkarma sebebi oluşturmaz. Diğer görüşe göre²⁹ ise, Türk toplumunda yakınlık bağları kopmuş olan kişilerin düğün, cenaze gibi ortamlarda da bir araya gelmeye devam etmesi nedeniyle yakınlarla ilişkilerin kopması veya zayıflaması bu kişilere karşı işlenen suçların çıkarma sebebi olmasını engellemez. Kanaatimizce bu konuda ilk görüşe ağırlık verilmelidir. Cezai çıkarmada fiilin mirasbırakanda yarattığı etkiye hukuki sonuç bağlanmaktadır. Bu nedenle mirasbırakanla arasındaki yakınlık bağı kopmuş olan bir kişiye karşı işlenecek suç kural olarak çıkarma sebebi teşkil etmemelidir. Ancak mirasbırakanla yakınlık bağı olmayan kişilere karşı işlenen suçların mirasbırakan ve yakınları için de onun kırıncı olması, onların toplumdan dışlanmasına neden olması gibi önemli olumsuz etkiler yaratması hallerinde mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edebileceği kabul edilmelidir³⁰. Nitekim bu durumda suç başkasına karşı işlenmiş olsa da suçun etkileri mirasbırakan veya yakınlarını da etkileyerek mirasçı ile mirasbırakan arasındaki bağları koparabilmektedir.

Bir görüşe göre³¹, mirasbırakan ile yakını arasındaki sıkı ilişkiyi suçu işleyen mirasçının bilip bilmemesi dikkate alınmaz. Zira burada önemli olan saklı paylı mirasçının fiili nedeniyle aile bağlarının kopma-

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, C. III/I, 2. Bası, Bern, 1964, Art. 477, N. 24; OĞUZMAN, s. 211; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 311; DURAL/ÖZ, s. 207; ÇUBUKGİL, s. 451; ANTALYA, s. 258; ŞENOCAK, s. 423; GÖNEN, s. 329; ÇAKIN, s. 525; YAĞCI, s. 109; İMRE/ERMAN, s. 249; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 266; ÇABRİ, 259; BELEN, s. 64.

²⁶ ÇABRİ, s. 259.

²⁷ Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K.; Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 13.3.2018 t. 2016/9952 E. 2018/2354 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

²⁸ DURAL/ÖZ, s. 207; ÇAKIN, s. 525; YAĞCI, s. 112-113.

²⁹ ÇABRİ, 259-260.

³⁰ ÇABRİ, s. 260.

³¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 311; ÇAKIN, s. 526; ŞENER, Miras, s. 221; ÇABRİ, s. 260; KARACA, Beytul Fatih, Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 25; BAYDAR, s. 34.

sıdır. Diğer görüşe göre³² ise, mirasçının mirasbırakan ile yakını arasındaki ilişkiyi bilmemesi halinde çıkarma geçersiz olmalıdır. Çünkü bu ihtimalde mirasçının taraflar arasındaki yakınlığı bilmemesi nedeniyle aile bağlarını koparma kastından söz edilemez. Kanaatimizce, çıkarma sebebinin gerçekleşmesi için saklı paylı mirasçının aile bağlarını zedeleme kastının bulunması aranmaz ve suç konusu fiili kasten gerçekleştirilmesi bu açıdan yeterli olur. Yani saklı paylı mirasçının suçu işlediği kişiyle mirasbırakan arasındaki sıkı ilişkiyi bilmesi gerekmez. Bu fiil gerçekleştirildiği takdirde mirasbırakan ile yakını arasındaki ilişkiden mirasçının haberdar olmaması çıkarma tasarrufuna engel olmaz.

iii. Suçun Kasten İşlenmesi

Mirasçının işlediği suçun çıkarma sebebi teşkil etmesi için kasten işlenmesi gerekir. Bu bağlamda taksirli suçlar çıkarma sebebi teşkil etmez³³. Mirasbırakanın kendisine karşı işlenen suçta müterafik kusurunun bulunması kusurun derecesine göre mirasçılıktan çıkarmaya engel olabilir³⁴. Mirasbırakan veya yakınlarının kusurunun eşit veya daha fazla olması halinde mirasçının fiili çıkarma sebebi teşkil etmez³⁵. Yargıtay kararına konu bir olayda mirasbırakana yapılan ölüm tehdidinin kavga sırasında fevri olarak söylenmiş bir söz olması ve mirasbırakanın da somut olayda bunda kusurunun bulunması nedeniyle çıkarma sebebinin gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır³⁶. Yargıtay başka bir kararında ise mirasçının, mirasbırakanın eşinin cenazesinde mirasbırakanı birçok kişinin önünde sarsıp, hakaret ettiği olayda çıkarma sebebinin gerçekleştiğine hükmetmiştir³⁷.

³² ÇUBUKGİL, s. 453; YAĞCI, s. 142; SEZEN, s. 45.

³³ HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2021, s. 124; DURAL/ ÖZ, s. 206-207; SEZEN, s. 39. Bilinçli taksirle işlenen suçların ise çıkarma sebebi teşkil ettiği yönünde bkz: TANRIVERDİ, s. 21; BAYDAR, s. 26. Burada kasıt değil de ağır kusurun yeterli olduğu yönünde ayrıca bkz: TONGSİR, s. 20

³⁴ ESCHER, Art. 477, N. 6; DURAL/ ÖZ, s. 207; ÇUBUKGİL, s. 454; ÇAKIN, s. 524-525; YAĞCI, s. 138-140. Mirasbırakanın suç işleyen çocuğunu kötü yetiştirmesi, ona kötü örnek olarak yanlış davranışlara yöneltmesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz: DURAL/ ÖZ, s. 207 dn. 579; ÇUBUKGİL, s. 454; ÇAKIN, s. 524-525.

³⁵ ÇABRİ, s. 258; ERSÖZ, s. 219; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 310; BAYDAR, s. 27; ANTALYA, s. 258; DURAL/ÖZ, s. 207; Yarg. 3. HD., 30.11.2015 t. 2015/11678 E. 2015/19101 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

³⁶ Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

³⁷ Bu kararda Yargıtay ayrıca somut olayda mirasçının mirasbırakana karşı aile yükümlülüklerini de önemli ölçüde ihlal ettiğini tespit ederek çıkarma sebebinin yeterli

Haklı savunma veya zorunluluk hali gibi bir hukuka uygunluk sebebi varsa mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulamaz³⁸. Keza mirasçının fiili işlerken temyiz kudretinin bulunmaması veya suçu mirasbırakanın teşviki ile işlemesi hallerinde de mirasçılıktan çıkarma sebebi gerçekleşmemiş olur³⁹. Ancak suçun işlendiği sırada mirasçı ayırt etme gücünü kendi kusuru ile geçici olarak kaybetmiş ise TBK m. 59 kıyasen uygulanarak saklı paylı mirasçı mirasçılıktan çıkarılabilir⁴⁰.

b. Mirasçının Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerini İhlali

i. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde İhlali

Mirasçılıktan cezai çıkarma sebeplerinden ikincisi, mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmesidir (MK 510). Hükümde aile hukukundan doğan yükümlülüklerin neler olduğu sayılmamıştır. Aile hukukundan doğan yükümlülükler örnek olarak, nafaka yükümlülükleri (MK 364), ana-baba ve çocuklar arasındaki ödevler (MK 322) ve eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü (MK 185) gösterilebilir⁴¹. İhlalin önemli olup olmadığı, bunun aile bağlarına yaptığı etkiye göre belirlenecek ve bu noktada hakim takdir hakkına

bulmuştur. Bkz: Yarg. 3. HD. 14.3.2019 t. 2018/7003 E. 2019/2130 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021). Benzer yönde bkz: "...Mirasbırakan vasiyetnamesinde; mirasçılığından çıkardığı kızının (Tülay), kendisine ve diğer aile bireylerine yönelik hakaret ile namus ve şerefine yönelik ağır suçlamalarda bulunduğunu belirterek, davacıyı mirasçılıktan çıkardığını açıklamıştır. Mirasbırakanın çıkarma sebebi olarak gösterdiği bu olaylar, gerçek olduğu takdirde, mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılacak ağırlıktadır. Davalılar, delil olarak gösterdikleri ceza dosyası ve tanık beyanlarıyla; çıkarma sebebi olarak gösterilen bu olayların gerçekliğini kanıtlamıştır (TMK.md.512/2). Bu durumda, mirasçılıktan çıkarma işleminin iptaline ilişkin davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 2. HD., 21.2.2013 t. 2013/1958 E. 2013/4369 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

³⁸ OĞUZMAN, s. 210; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 310; DURAL/ ÖZ, s. 207; ÇUBUKGİL, s. 452; ANTALYA, s. 257; ÖZTAN, s. 144; ŞENOCAK, s. 422; GÖNEN, s. 330; YAĞCI, s. 127; İMRE/ ERMAN, s. 251; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 265; KARACA, s. 23.

³⁹ OĞUZMAN, s. 211; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 310; DURAL/ ÖZ, s. 207; ÇUBUKGİL, s. 453-454; ŞENOCAK, s. 422. Bu yönde ayrıca bkz: Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

⁴⁰ OĞUZMAN, s. 211; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 310; DURAL/ ÖZ, s. 207; ŞENER, Miras, s. 215, ÇABRİ, s. 257.

⁴¹ OĞUZMAN, s. 211; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 312; DURAL/ ÖZ, s. 207-208; ÇUBUKGİL, s. 455-456; GÖNEN, s. 331; BELEN, s. 64; ÇAKIN, s. 526; İMRE/ ERMAN, s. 250; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 195-196; ÇABRİ, s. 263.

sahip olacaktır⁴². Somutlaştırmak gerekirse, mirasçının aile üyelerini arayıp sormaması, onlarla hastalıklarında ilgilenmemesi, ailesini terk etmesi, ahlaka ve adaba aykırı bir hayat sürmesi, onur kırıcı davranışlarda bulunması da aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali niteliğindedir⁴³. Nitekim Yargıtay da aile yükümlülüklerinin kusurlu şekilde ihlalini mirasçının sadakat, çocuklara itina gösterme, yoksulluğa ve zarurete düşmede yardım, nafaka, aile birlik ve huzurunu bozan davranışlarda bulunmama yükümlülüğüne aykırı davranılması şeklinde yorumlamaktadır⁴⁴. Yargıtay mirasçının mirasbırakanı hiç arayıp sormamasını,

⁴² OĞUZMAN, s. 212; ŞENOCAK, s. 424, BELEN, s. 64. Yargıtay bir kararında, bir torunun, kendisine müdahalenin önlenmesi davası açan eski Dışişleri Bakanı dedesi hakkında yargılama sırasında akli melekelerini yitirmiş olduğu iddiasında bulunması ve bu iddianın basına yansımaları çıkarma sebebi saymıştır. Bkz: "...Olayda, mirastan ıskat tasarrufunda bulunan kişi, uzun yıllar bakan olarak Türkiye'nin dış politikasını yönetmiş, ... bir kişidir. Bu nitelikteki kimseler hakkında her çeşit haber ve davranış, kamuoyunda yankı uyandırır... Vasiyet eden, sağlığında torunu hakkında (müdahalenin önlenmesi) için dava açmış, yargılama sırasında davalı, davacının fizik yapısına sataştıktan sonra, irade bozukluğu içinde olduğunu ileri sürerek tıbbi müşahade altına alınmasını, ehliyetinin tesbit edilmesini istemiştir. İlk bakışta usul hukuku açısından bu iddiada yadırganacak bir yön bulunmadığı söylenebilir. Oysa, işin derinliğine inilirse, hiçde uygun bir savunma olmadığı ortaya çıkar. Şöyleki: İstek yerinde bulunursa davacı, artık duruşmalara katılamayacak, onu, vasisi temsil edecek. İstek kabul edilmezse, davacı doğrudan doğruya veya vekili aracılığı ile davasını yürütecektir. Duruşmada ister kanun, isterse akdi temsilci bulunsun, hakkın ve savunmanın özü değişmez. Öyle ise, davacının vesayet altına alınmasını sağlamak davalıya bir yarar temin etmez. Hal böyle olunca, bu tür bir iddia dürüstlük ilkesi ile bağdaşamaz. Görülüyor ki sırf usul yönünden bu davranış hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır...o, dedesinin ehliyetsizliğini ileri sürerek muayene neye sevkine yol açmış, bunun çevrede yayılması ve basına yansımaları suretiyle de, toplum içindeki yeri sarsılmış, hakkındaki değer yargıları bir ölçüde zedelenmiş, gururu kırılmış, ömrünün tükendiği bir dönemde kendisinden özen beklediği kişi eliyle aşırı derecede incitilmiş, böylece haklı bir hayal ve gönül kırgınlığına düşmüştür. Uzun yıllardan beri onu arayıp sormadığı yetmiyormuş gibi, normal insan ilişkilerinin gerektirdiği ilgiyi göstermek şöyle dursun, hastalığı sırasında bile sormak gereğini duymamış olan bir torun, dedesine karşı kanunî, ahlakî görevini yapmış sayılamaz. Bu tutum ölüm gününe kadar inatla sürdürülmüş, sırf üzüntü vermek için «hatıra değeri» taşıyan eşyasını alıkoymuş ve vermekten kaçınmış, hiç bir bakımdan miras bırakanına maneî destek olmamış, yersiz davranışları ile ona ızdırap vermek yolunu seçmiştir. Açıklanan eylemler mirastan ıskat (M.K. 457/2) için yeterlidir." Yarg. 2. HD., 30.3.1976 y. 1976/2467 E. 1976/2802 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

⁴³ ÇABRİ, s. 263-264.

⁴⁴ Bkz: Yarg. 3. HD., 26.1.2021 t. 2019/5571 E. 2021/471 K.; Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K.; Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 30.11.2015 t. 2015/11678 E. 2015/19101 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

onunla hastalığında ilgilenmemesini çıkarma sebebi olarak kabul etmiştir⁴⁵.

Sadece ahlaki veya dini bir görevin yerine getirilmemesi çıkarma sebebi olarak kabul edilmemektedir⁴⁶. Dini veya ahlaki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi de çıkarma sebebi değildir⁴⁷. Örneğin, bir davada çocuğun babası aleyhine şahitliği böyledir⁴⁸. Mirasbırakan veya ailesi ile yasal mirasçı arasındaki ticari rekabet, mirasbırakanın itirazına rağmen belli bir mesleğin seçilmesi, istenmeyen bir evliliğin yapılması⁴⁹, miras-

⁴⁵ “...Davalı anne, vasiyetnamede belirtilen iskat sebeplerini ispat etmek için tanık dinletmiştir. Davalı tanıklarının, murisi uzun zamandır tanıdıklarını özel günlerde yanlarında olduklarını ancak davacıyı hiç yanlarında görmediklerini ilk defa duruşma salonunda gördüklerini; davacının anne babasına haber vermeden kayıplara karıştığını, davalı ... hanımın daha önce kızının evini bilmediğini; davacının Bahçeköy'deki adresinin tespit edilmesinden sonra muris ve davalının bu adrese çiçek yaptırarak gittiklerini ancak davacının babasına “ne işiniz var niye geldiniz” dediğini; davacının babası ile helalleşmesi için eve çağrıldığını, eve geldiğinde anne ve babasının hoşgeldin dediği ve murisin gözünün yaşardığı; davacının murisin hastalığı için eve geldiğinde resimler çektiğini ve “bu adam nerede yatacak” gibi ifadeler kullandığını; bir kısım tanıkların ise murisin kızlarının olduğunu dahi bilmediğini; davacının mirasbırakana ve davalı annesine karşı ilgisiz kaldığı, hastalığı ile ilgilenmediği dinlenen tanık beyanları ile sabit olmuştur. Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Dosyada, tanıkların gerçek olmayan olayları gerçekmiş gibi ifade ettiğini kabule yeterli delil ve olgu da bulunmadığından tanıkların sözlerine değer vermek gerekmektedir...” Yarg. 3. HD., 26.1.2021 t. 2019/5571 E. 2021/471 K. (Lexpera, Çevrimiçi, 30.12.2021). Benzer yönde bkz: “...Davacının murisine karşı aşırı ilgisiz kaldığı, kapıyı ona açmadığı, telefonları yüzüne kapattığı dinlenen tanık beyanları ile subuta ermiş, murisin vasiyette gösterdiği iskat sebebi gerçekleşmiştir...” Yarg. 2. HD., 4.2.2002 t. 2002/194 E. 2002/1169 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 312; ESCHER, Art. 477, N. 16; ÇUBUKGİL, s. 458; YAĞCI, s. 174; WILDISEN, Christoph Erbrecht Art. 457-640 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Zürich-Basel-Genf, 2016, Art. 477, N. 4; BREITSCHMID, Peter/ EITEL, Paul/ FANKHAUSER, Roland/ GEISER, Thomas/ JUNGO, Alexandra, Erbrecht, 3. Bası, Zürich-Basel-Genf, 2016, s. 49; WEIMAR, Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, BK – Berner Kommentar, C. III/1/1/1, Bern, 2009 (Art. 477-480), Art. 477, N. 7.

⁴⁷ ANTALYA, s. 259.

⁴⁸ SEROZAN/ ENGİN, s. 387; ANTALYA, s. 259; GÖNEN, s. 331; YAĞCI, s. 170.

⁴⁹ “...Daha açık ifade etmek gerekirse; Davacıardan İmiş davalının aynı zamanda halası olup, davalının davacılara saygısız, sevgisiz olduğuna dair tek bir beyan bulunmamaktadır. Tersine tüm tanıklar davalının davacıları anne baba gibi sayıp sevdiğini onlara baktığını beyan etmişlerdir. Evlenme çağına gelen ve reşit olan davalının istediği kişiyle evlenme isteğine

birakandan farklı siyasi veya dini görüşler, yurtdışında okuma gibi hal-ler de aile yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilemez⁵⁰.

Görüldüğü üzere, önemli olan hususlardan biri aile hukukundan doğan yükümlülüğün ihlalinin hukuka aykırı olmasıdır⁵¹. Yargıtay bir kararında mirasçuların mirasbırakanın bazı davranışları nedeniyle ayırt etme gücünün varlığından şüphe edip kısıtlanması talebiyle dava açtıkları olayda dava kaybedilmiş olsa bile mirasçuların amacı mirasbırakanı korumak olduğu için bunun mirasçılıktan çıkarma sebebi olmayacağına hükmetmiştir⁵². Yargıtay bir başka kararında mirasçının mirasbırakana karşı borçlar hukukundan kaynaklanan bir borcunu ihlal etmesinin mirasçılıktan çıkarma sebebi olmayacağına hükmetmiştir⁵³. Yargıtay ben-

karşı çıkan ve kendi istedikleri şahısla evlendirme çabasında olan davacıların aradaki ilişkide uyumsuzluk çıkmasına kendilerinin neden oldukları, davalıyı tüm evin eşyalarını çalmakla suçladıkları, oysa davalının aldığı eşyaların sadece şahsi taşınabilir eşyaları olduğunun tanıklarca da ifade edildiği, davacıların dava dilekçesinde ileri sürdükleri kendilerine davalı ve onun ailesi tarafından hakaret ve tehditlerde bulunulduğu iddialarının bizzat davacı tanıklarınca dahi doğrulanmadığı, davalının davacılarla barışma kendini affettirme girişimlerinin de sonuçsuz kaldığı, ayrıca davalının düğün davetiyesine önce davacıların isimlerini yazdırmak istediği, daha sonra yazmamış olmasında ise davacıların uzlaşmaz tutumlarının etken olduğu, düğün konvoyunun davacılar aile evin yanından geçirilmesinin bu evin aynı zamanda davalının da evi olması karşısında yadırganacak bir yönünün bulunmadığı, tüm açıklanan hususların yasanın aradığı anlamda evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı, davalı evlatlığın kendisini evlatlık olarak alan davacılar ağırlı bir cürüm ika etmesi söz konusu olmadığı gibi davacılar ağırlı bir kusurunun da söz konusu olmadığı, dolayısıyla davada MK.258 ve 457,458 maddelerinin şartlarının bulunmadığı, anlaşılmıştır.” Yarg. HGK., 20.3.2002 t. 2002/2-189 E. 2002/201 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 6.1.2022).

⁵⁰ Örnekler için bkz: SEROZAN/ ENGİN, s. 387; ÇAKIN, s. 525; ANTALYA, s. 260; GÖNEN, s. 331; İMRE/ ERMAN, s. 249; KARACA, s. 21; YAĞCI, s. 169; ÇABRİ, s. 265; BESSENICH, Art. 477, N. 13.

⁵¹ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 313; ŞENOCAK, s. 422; GÖNEN, s. 330; YAĞCI, s. 167.

⁵² Yarg. 3. HD., 30.11.2015 t. 2015/11678 E. 2015/19101 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021). Ancak Yargıtay’ın aksi yönde de bir kararı vardır. Bkz: Yarg. 2. HD., 30.3.1976 y. 1976/2467 E. 1976/2802 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021). Mirasbırakana karşı vesayet davası açılması durumunda somut olayın şartları bağlamında davanın samimi şekilde mirasbırakanı koruma amacı güttüğü sonucuna varılıyorsa çıkarma sebebi teşkil etmediği kabul edilmelidir. Nitekim her iki kararda birbirine zıt sonuçlara varılsa da somut olay şartları da birbirinden farklı gelişmiştir.

⁵³ “...mirasçı, mirasbırakanla arasında borçlar hukukundan doğan bir mükellefiyeti ihlal etse, miras hakkından ıskat edilmesi için bir sebep meydana gelmemiştir. Çünkü böyle bir ihlalin müeyyidesi Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunmaktadır...” Yarg. 3. HD., 26.1.2021 t. 2019/5571 E. 2021/471 K. (Lexpera, Çevrimiçi, 30.12.2021).

zer bir olayda mirasçının mirasbırakandan almış olduğu vekaleti kötüye kullanmasını bir borçlar hukuku meselesi olduğu için çıkarma sebebi olarak yeterli görmemiştir⁵⁴. Başka bir kararda ise Yargıtay, mirasçının kusurlu hareketi ile büyük bir borç altına girdiği ve bu borçlar nedeniyle mirasçının alacaklılarının mirasbırakanı ölümle tehdit ettiği olayda aile hukukundan doğan yükümlülüklerle büyük ölçüde aykırı davranıldığına ve çıkma sebebinin gerçekleştiğine hükmetmiştir⁵⁵.

ii. İhlalin Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Ailesine Yönelmesi

Aile Hukukundan doğan yükümlülükler sadece mirasbırakana karşı değil, mirasbırakanın diğer aile üyelerine karşı da ihlal edilmiş olabilir. Mirasbırakanın ailesi, mirasbırakanın yakınlarından daha dar bir grubu ifade etmektedir. Mirasbırakanın aile üyesi sayılmak için sadece akrabalık bağı değil aynı zamanda fiilen mirasbırakanla aile üyesi arasındaki yakınlık da dikkate alınmalıdır⁵⁶. Aile üyelerinin kapsamına, ana, baba, eşler ve kardeşler gibi mirasbırakanın yakın kan hısımları girmektedir⁵⁷. Öte yandan mirasbırakanın ailesine dahil olmayan yakınlar (örneğin, yakın dostlar) bu kapsamda değerlendirilmemektedir⁵⁸. Nişanlının ve kayın hısımlarının aile kavramı içinde kabul edilip edilmeyeceği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁹, bu kişiler aile kavramının dışındadır. Diğer görüşe göre⁶⁰ ise, bu kişiler de aile kavramının içinde

⁵⁴ Yarg. 3. HD., 22.12.2020 t. 2019/5522 E. 2020/8054 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 12.4.2022).

⁵⁵ "...Toplanan delillerden; miras bırakanın çocuklarından Halilin aşırı şekilde borçlandığı, bu borç sebebiyle alacaklıların murisi ölümle tehdit ettikleri, evini kurşunladıkları davasının (Halilin) kusurlu davranışı sonucu bu durumun doğduğu anlaşılmaktadır. Çocuklarda ailenin huzur ve bütünlüğünü korumak birbirlerine karşı yardım ve saygı göstermek zorundadırlar. Miras bırakan iskatın sebebinde yanılmamıştır. Iskat yerindedir..." Yarg. 2. HD., 10.5.2004 t. 2004/5159 E. 2004/6038 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

⁵⁶ KULAKLI, s. 295.

⁵⁷ OĞUZMAN, s. 212; DURAL/ ÖZ, s. 209; ANTALYA, s. 258; ŞENOCAK, s. 424; GÖNEN, s. 331; YAĞCI, s. 154. ÖZTAN, aile üyelerini mirasbırakanla arasında kan bağı olan kişilerle sınırlamaktadır. Bkz: ÖZTAN, s. 146.

⁵⁸ OĞUZMAN, s. 212.

⁵⁹ ANTALYA, s. 258; DURAL/ ÖZ, s. 209; GÖNEN, s. 331; KARACA, s. 26.

⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 314; YAĞCI, s. 155-156. DURAL/ ÖZ ve ÇABRİ, sadece nişanlıyı aile kapsamına sokmakta; öte yandan kayın hısımlarını bu kapsamdan değerlendirmemektedir. Bkz: DURAL/ ÖZ, s. 209; ÇABRİ s. 262. ŞENOCAK, sadece kayın hısımlarının da aile kavramına gireceğini belirtmekle yetinmiş, nişanlı konusunda ise yorum yapmamıştır. Bkz: ŞENOCAK, s. 425. Bir sözleşmeye dayanarak mirasbırakan ile birlikte yaşayan işçi, çırak gibi kişilerin de somut olayda mi-

değerlendirilebilir. Kanaatimizce de Türk aile ve sosyal yapısı dikkate alındığında kayın hısımlarının ve nişanlının da aile kavramına dahil olması gerekir.

iii. İhlalin Mirasçının Kusurlu Davranışı ile Gerçekleşmesi

Aile hukukundan doğan yükümlülüğe aykırı davranılması mirasçının kusuru ile gerçekleşmelidir⁶¹. Buradaki kusurun kast derecesinde olması gerektiği kabul edilmektedir⁶². Mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır suç işlemede olduğu gibi aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlalinde de mirasbırakanın müterafik kusuru fiilin çıkarma sebebi olmasını önleyebilir. Yargıtay kararına konu bir olayda ilk eşinden ayrılıp yeniden evlenen mirasbırakan ilk eşinden olan çocuğunu ikinci evliliği süresince hiç arayıp sormamış ilgilenmemiştir. İkinci evliliği sona erdikten sonra ikili bir kez görüşse de iletişimsizlik karşılıklı olarak devam etmiştir. Daha sonra ise mirasbırakan söz konusu mirasçıyla kendisiyle ilgilenmediği, arayıp sormadığı için mirasçılıktan çıkarmıştır. Yargıtay bu durumda iletişimsizliğin iki taraflı olduğuna ve kendisini istemeyen mirasbırakana karşı evladın sürekli iletişim kurma çabası içinde olmasının beklenemeyeceğine dayanarak çıkarma sebebinin gerçekleşmediğine hükmetmiştir⁶³.

3. Çıkarmanın Ölümüne Bağlı Tasarruf ile Yapılması

Yukarıda açıklanan çıkarma sebeplerinden en az biri gerçekleştiği takdirde, mirasbırakan bu sebebe dayanarak düzenleyeceği bir ölümüne bağlı tasarruf ile mirasçılığı mirasçılıktan çıkarabilir. Mirasçılıktan çıkarma ancak vasiyetname şeklinde düzenlenen bir ölümüne bağlı tasarruf ile yapılabilecek olup, miras sözleşmesi bünyesinde yer alan bir çıkarma tasarrufu da vasiyetname hükmünde kabul edilecek ve mirasbırakan bu tasarrufundan serbestçe dönebilecektir⁶⁴. Mirasçılıktan çıkarma hakkı

rasbırakan ile yakınlık ve bağılıkları varsa aile kavramında değerlendirilebileceği görüşü için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 314; ÇUBUKGİL, s. 455; YAĞCI, s. 159-160.

⁶¹ OĞUZMAN, s. 212; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 312-313; DURAL/ÖZ, s. 208; ÇUBUKGİL, s. 460; ANTALYA, s. 259.

⁶² KILIÇOĞLU, s. 181. Ağır kusurun yeterli olduğu yönündeki görüş için bkz: TONGSİR, s. 20.

⁶³ Yarg. 2. HD., 27.12.2011 t. 2011/20735 E. 2011/23767 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

⁶⁴ TUOR, Art. 477, N. 8; ESCHER, Art. 477, N. 4; OĞUZMAN, s. 212; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 307; SEROZAN/ ENGİN, s. 383; DURAL/ ÖZ, s. 206; ŞENOCAK, s. 425; GÖNEN, s. 331-332; ÇAKIN, s. 527; ŞENER, Miras, s. 213; İMRE/ ERMAN,

kişiyeye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için sadece mirasbırakan tarafından kullanılabilir⁶⁵. Ölümüne bağlı tasarrufta “mirasçılıktan çıkarma” ifadesi kullanılmadan ancak bu iradeyi açıkça ortaya koyan tasarruflar ve beyanlar yoluyla mirasçılıktan çıkarma mümkündür⁶⁶. Örneğin, mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufunda “Torunumu yaraladığı için hapis cezasına çarptırılan oğlumun miras payının tamamı diğer mirasçılarım arasında paylaştırılsın.” şeklinde bir ifadeyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilir.

4. Ölümüne Bağlı Tasarrufta Çıkarma Sebebinin Gösterilmesi

Ölümüne bağlı tasarrufta çıkarma sebebinin de açıkça gösterilmesi gerekir. Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunda çıkarma sebebinin kısaca belirttikten sonra çıkarma sebebine ilişkin olaylara, dava dosyalarına vs. atıf yapması da yeterlidir⁶⁷. Örneğin; “Ceza davası açtığım oğlum A’yı mirasçılıktan çıkarıyorum” şeklinde bir ifade vasiyetname dışı olgulara dayalı yorumla tamamlanmak suretiyle çıkarma sebebi oluşturabilir⁶⁸. Çıkarma sebebi gösterilirken, “suç işledi”, “yükümlülüklerini yerine getirmedi” gibi genel ifadelerden ziyade fiilin ayrıntılarına da yer verilmelidir⁶⁹. Ölümüne bağlı tasarrufta çıkarma sebebi ima dahi edilmiş ise vasiyetname dışı olgulara dayanılarak çıkarma sebebi tespit edi-

s. 251-252; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 263; BELEN, s. 65; BREITSCHMID/ EITEL/ FANKHAUSER/ GEISER/ JUNGO, s. 48.

⁶⁵ Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 30.11.2015 t. 2015/11678 E. 2015/19101 K.; Yarg. 3. HD., 13.3.2018 t. 2016/9952 E. 2018/2354 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

⁶⁶ TUOR, Art. 479, N. 2; DURAL/ ÖZ, s. 209; ANTALYA, s. 261; GÖNEN, s. 332; YAĞCI, s. 305.

⁶⁷ TONGSİR, s. 43; ERGÜNE, s. 170; BÜRGI, Klaus, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füßli Kommentar, 3. Bası, Zürih, 2016, Art. 479, N. 1; ÇAKIN, s. 528; YAĞCI, s. 320.

⁶⁸ ERGÜNE, s. 170-171.

⁶⁹ ESCHER, Art. 479, N. 1; OĞUZMAN, s. 213; TUOR, Art. 479, N. 2; TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 845; ÇAKIN, s. 528; DURAL/ ÖZ, s. 209; ANTALYA, s. 260; YAĞCI, s. 316-317; TANRIVERDİ, s. 33; BREITSCHMID/ EITEL/ FANKHAUSER/ GEISER/ JUNGO, s. 50. “...çıkarma sebebinin açık olması, belirli bir eyleme, işleme ve davranışa dayanması gerekmektedir. Sadece mirasdan iskat ettim, miras dışı bıraktım, bana ilgi göstermedi v.b. gibi gereksiz sözler yeterli sayılmamalıdır. Çıkarma sebebi kabul edilen olayların, delillerinin gösterilmesi de mirasçının çıkarmaya itirazı halinde diğer tarafa kolaylık sağlayacağından, tasarrufda yer almalıdır...” Yarg. 3. HD., 26.1.2021 t. 2019/5571 E. 2021/471 K. Aynı yönde bkz: Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

lemez⁷⁰. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yorum yoluyla düzeltilmesi de mümkün değildir⁷¹.

Bir görüşe göre⁷², çıkarma sebebi gerçekleşmeden önce yapılan geciktirici şarta bağlı bir çıkarma hem mirasçıları uyarma işlevi gördüğünden hem de fiilin gerçekleştiği tarihte ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini kaybetmiş olmaktan korkan mirasbırakanın önlemini almış olması bakımından geçerli kabul edilmelidir. Ancak şart en geç mirasın açıldığı anda gerçekleşmelidir⁷³. Diğer görüşe göre ise⁷⁴, henüz gerçekleşmiş bir sebep yokken, çıkarma sebebinin gerçekleşmesi şartına bağlı olarak çıkarma tasarrufunda bulunulamaz. Zira böyle bir durumda ölüme bağlı tasarrufta çıkarmaya sebep olan fiilin açıkça gösterilmesi şartı gerçekleşmemiş olur. Ancak halihazırda gerçekleşmiş bir sebepten yola çıkarak geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak mirasçılıktan çıkarma mümkündür⁷⁵.

Kanaatimizce çıkarma sebebi hiç gerçekleşmeden önce mirasbırakanın yaşamadığı bir olayla ilgili çıkarma tasarrufunda bulunamaması gerekir. Nitekim o olay gerçekleştiğinde vereceği gerçek tepki ile bu olay hiç gündemde yokken vereceği farazi tepkinin birbirinden çok farklı olması muhtemeldir. Haliyle gerçekleşmiş bir sebebe dayalı mirasçılıktan çıkarma görüşü daha uygundur. Sebep gerçekleştikten sonra ise mirasbırakanın bu sebep ile bağlantılı şekilde geciktirici veya bozucu şarta bağlı mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmasında sakınca yoktur. Örneğin, mirasbırakanı döven saklı paylı mirasçının aynı şeyi bir daha yapması halinde mirasçılıktan çıkarılmış olacağına ilişkin bir vasiyetname yapılması mümkündür. Benzer şekilde mirasbırakanın torunlarını terk ederek maddi ve manevi hiçbir ihtiyaçlarını karşılamayan çocuğunu mirasçılıktan çıkarıp, çocuklarının bakımını üstlenip onlarla ilgilenmesi halinde bu çıkarmanın hükümden düşeceğini öngörmesi de mümkündür.

⁷⁰ SEROZAN/ ENGİN, s. 383; GÖNEN, s. 332; WEIMAR, Art. 479, N. 4.

⁷¹ SEROZAN/ ENGİN, s. 383.

⁷² İMRE, Zahit, Türk Miras Hukuku, C. I, İstanbul, 1960, s. 398-399; TUOR, Art. 477, N. 22; SEROZAN/ ENGİN, s. 387; BÜRGI, Art. 477, N. 6; ÇABRİ, s. 281; YAĞCI, s. 327.

⁷³ BÜRGI, Art. 477, N. 6.

⁷⁴ ESCHER, Art. 477, N. 12; OĞUZMAN, s. 213; DURAL/ ÖZ, s. 210; ANTALYA, s. 261; ŞENER, Miras, s. 216; SEZEN, s. 61; TANRIVERDİ, s. 29; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 265.

⁷⁵ DURAL/ ÖZ, s. 210; BELEN, s. 65; ANTALYA, s. 261; BAYDAR, s. 43.

5. Fiilin Aile Bağlarını Koparması

Mirasçılıktan cezai çıkarmanın amacı mirasbırakan ve saklı paylı mirasçı arasındaki yakın bağların kopmasına dayalı olarak mirasbırakana saklı paylı mirasçısının mirastan uzaklaştırma hakkı tanımıdır. Yukarıda açıklanan çıkarma sebeplerinin her birinde de bu bağ kopmaktadır. Mirasbırakan ve saklı paylı mirasçı arasındaki yakınlık bağı karşımıza aile bağları olarak çıkar. Dolayısıyla ağır suç veya aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlalini teşkil eden fiilin çıkarma sebebi olabilmesi için objektif olarak değerlendirildiğinde aile bağlarını koparacak nitelikte olması ve sübjektif olarak da bu bağları fiilen koparmış olması gerekir⁷⁶. Fiil ne kadar ağır olursa olsun somut olayda aile bağlarının koptuğu söylenemiyorsa bu fiil mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmez.

C. Mirasbırakanın Mirasçığı Affetmesinin Etkisi

Mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunduktan sonra saklı paylı mirasçısını affetmesi mümkündür. Mirastan yoksunlukta böyle bir affın yoksunluğu ortadan kaldıracığı açıkça hüküm altına alınmıştır (MK m. 578/II). Benzer bir hüküm mirasçılıktan çıkarma için ise öngörülmemiştir. Haliyle affın mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna etkisi doktrin tarafından çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Pratikte mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı mirasçığı affetmesi iki farklı zaman diliminde gerçekleşebilir. Mirasbırakan halihazırda affetmiş olduğu saklı paylı mirasçığı mirasçılıktan çıkarabilir veya mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapıldıktan sonra çıkarılan mirasçığı affedebilir. Af açık veya örtülü bir irade beyanı ya da iradeyi gösteren davranışla yapılabilir⁷⁷.

⁷⁶ ESCHER, Art. 477, N. 8; DURAL/ ÖZ, s. 206, s. 208; YAĞCI, s. 93, s. 187-188; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 313; ANTALYA, s. 259; ÖZTAN, s. 143-144; ÇAKIN, s. 527; SEZEN, s. 41-42; BAYDAR, s. 30. "...hakim, suçun ağır olup olmadığına, fiilin aile bağıni koparacak nitelikte olup olmadığı ve fiilen de koparmış olup olmadığını araştırarak sonucuna göre karar verecektir. Koparacak nitelikte olmasından kasıt, suçun objektif olarak aile bağıni koparacak nitelikte olmasıdır. Fiilen koparmış olması da, sübjektif unsur olup, somut olayda aile bağıni koparmış olmasıdır. Kanunun ağır terimi ile kastettiği budur. Şu halde bir fiil aile bağıni koparacak nitelikte olmakla beraber, somut olayda koparmamışsa, sübjektif şart gerçekleşmediği için, mirasçılıktan çıkarma sebebi olamaz..." Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021). Aynı yönde bkz: Yarg. 3. HD., 30.11.2015 t. 2015/11678 E. 2015/19101 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

⁷⁷ WEIMAR, Art. 477, N. 19.

Çıkarma tasarrufunda bulunulmadan önce mirasbırakanın mirasçığı affetmesi halinde aile bağlarının kopmadığı sonucuna varılacağı için geçerli bir çıkarma sebebi bulunmamasına dayalı olarak ölüme bağlı tasarruf, tenkis davası açılması halinde mirasçının saklı payı dışında yerine getirilecektir⁷⁸.

Çıkarma tasarrufundan sonra gerçekleşen affin etkisi ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁷⁹, mirasbırakanın mirasçığı affetmesi tek başına çıkarma tasarrufunu hükümsüz hale getirmez. Çıkarmanın hükümsüz hale gelmesi için mirasbırakanın vasiyetnameyi geri alması gerekir. Başka bir görüşe göre⁸⁰, mirasbırakanın affi vasiyetnameyi hükümsüz hale getirmese de mirasçığı MK m. 512/III'e göre tenkis davası açarak saklı payını elde etme hakkı verir. Bir diğer görüşe göre⁸¹, çıkarmadan sonra yapılan af mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunun hatalı olduğunu gösterdiği için iptal davasına konu olabilmelidir. Bu durumda affi ispat yükü mirasçılıktan çıkarılan kişide olmalıdır. Bir başka görüşe göre⁸² ise, affin etkisi her somut olayda MK m. 2 kapsamında ayrı ayrı değerlendirilerek tespit edilmelidir. Kanaatimizce bu görüşler arasında sorunu en uygun şekilde çözüme bağlayan ikinci görüştür. Buna göre mirasbırakanın mirasçığı affetmesi fiilin aradaki aile bağlarını koparmadığını veya bu bağların onarıldığını gösterir. Dolayısıyla çıkarma sebebi ortadan kalkmış olur. Mirasbırakan vasiyetnamesini geri almadığı için bu tasarruf tek başına hükümsüz hale gelmez. Ancak tenkis davasına konu olabilir.

D. Mirasçılıktan Cezai Çıkarmanın Geçersizliği

1. Mirasbırakanın Vasiyetnameyi Geri Alması

Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu MK m. 542 vd. hükümlerinde öngörülen yollardan biriyle geri aldığı takdirde çıkarma hükümden düşer⁸³.

⁷⁸ TONGSİR, s. 74; ÇABRİ, s. 268; BÜRGI, Art. 477, N. 7; WEIMAR, Art. 477, N. 21; BESSENICH, Art. 477, N. 9. Ancak burada affin samimi ve içten olup olmadığı önemlidir. Hakim somut olayın şartlarını değerlendirerek gerçek bir af bulunup bulunmadığını tespit etmelidir. Bu yönde bkz: TONGSİR, s. 74.

⁷⁹ ESCHER, Art. 477, N. 10; ANTALYA, s. 263; BAYDAR, s. 80.

⁸⁰ TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 844; TONGSİR, s. 78; KOCAYUSUFPA-ŞAOĞLU, s. 318; YAĞCI, s. 388; BREITSCMID/ EITEL/ FANKHAUSER/ GEISER/ JUNGO, s. 51; DURAL/ ÖZ, s. 216.

⁸¹ HATEMİ, s. 126.

⁸² İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 273.

⁸³ ÖZTAN, s. 147; TANRIVERDİ, s. 45 vd.; BAYDAR, s. 72 vd.

2. Dava Yoluyla Geçersizlik

a. Çıkarmanın İptali

Ölüme bağlı tasarrufu geçersiz kılan iptal sebeplerinden biri varsa, mirasçının iptal davası açarak vasiyetnameyi hükümsüz hale getirmesi mümkündür. Örneğin, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu içeren vasiyetnamenin şekle aykırı olması, irade sakatlığına dayalı olarak düzenlenmesi veya mirasbırakanın tasarrufta bulunurken fiil ehliyetinin bulunmaması halinde MK m. 557 uyarınca mirasçılıktan çıkarılan mirasçı iptal davası açabilir. Dava sonucunda mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçı sadece saklı payını değil miras payının tamamını elde edecektir⁸⁴.

MK m. 512/III'te ayrı bir iptal sebebi daha düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *"mirasbırakan bu tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yapmışsa, çıkarma geçersiz olur"*. MK m. 512/III uyarınca açılacak iptal davası sonucunda da mirasçılıktan çıkarılan mirasçı sadece saklı payını değil, yasal miras payının tamamını talep edebilir⁸⁵. Bu hükme göre iptal davası açılabilmesi için mirasbırakanın çıkarma sebebinin varlığı konusunda açıkça yanılmış olması gerekir. Doktrinde ise kanundaki *"açık bir yanılma"* ifadesi eleştirilmekte ve ölüme bağlı tasarrufların iptalinde her türlü yanılmanın yeterli olmasından hareketle bu ifadenin dikkate alınmaması gerektiği savunulmaktadır⁸⁶. Örneğin, kendisini zehirlemeye çalıştığına inanarak saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkararak mirasbırakanın yanılmış ve aslında kendisini bir başkasının zehirlemeye çalışmış olması halinde çıkarılan mirasçı iptal davası açabilir⁸⁷. İptal davasında, çıkarılan mirasçı tarafından mirasbırakanın çıkarma sebebinde yanıldığı ispatlanmalıdır⁸⁸. MK m. 557'ye

⁸⁴ HATEMİ, s. 128; DURAL/ ÖZ, s. 213; TANRIVERDİ, s. 52 vd.; BAYDAR, s. 83 vd.; BREITSCHMID/ EITEL/ FANKHAUSER/ GEISER/JUNGO, s. 53; WEIMAR, Art. 479, N. 8; BESSENICH, Art. 479, N. 3. Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K.; Yarg. 3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 13.3.2018 t. 2016/9952 E. 2018/2354 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

⁸⁵ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 317; OĞUZMAN, s. 216; HATEMİ, s. 128; SEROZAN/ENGİN, s. 388-389; DURAL/ ÖZ, s. 214; ANTALYA, s. 262; GÖNEN, s. 334; YAĞCI, s. 435; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 269; WEIMAR, Art. 479, N. 12.

⁸⁶ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 317; SEROZAN/ ENGİN, s. 389; DURAL/ÖZ, s. 214; ÇAKIN, s. 531.

⁸⁷ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 317; DURAL/ ÖZ, s. 214; ÇAKIN, s. 531.

⁸⁸ SEROZAN/ ENGİN, s. 388; DURAL/ ÖZ, s. 214; ANTALYA, s. 263; YAĞCI, s. 451; İMRE/ ERMAN, s. 257. *"... Tasarrufta çıkarma sebebi gösterilmiştir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacının 03.10.1999 tarihinde yetmişdört yaşındaki annesini dövdüğü ve hakaret ettiği, bu suçtan dolayı mahkum olduğu anlaşılmaktadır. Tasarrufta göste-*

dayalı olarak açılan dava ölüme bağlı tasarrufun kısmen veya tamamen iptaline ilişkin olabilir iken, MK 512/III'e göre açılan davada mirasçılıktan çıkarma dışındaki maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar geçerli kalır⁸⁹.

b. Çıkarmanın Tenkisi

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda çıkarma sebebinin gösterilmesi gerektiği yukarıda incelenmişti. Kanun koyucu, çıkarma sebebi vasiyetnamede yer almıyorsa veya ispatlanamazsa ölüme bağlı tasarrufun tenkisinin talep edilebileceğine hükmetmiştir. MK m. 512'ye göre;

“Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmişse geçerlidir.

Mirasçılıktan çıkarılan kimse itiraz ederse, belirtilen sebebin varlığını ispat, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşer.

Sebebin varlığı ispat edilememiş veya çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir.”

Bu hükme göre tenkis davası açılabilir hallerden ilki ölüme bağlı tasarrufta çıkarma sebebinin gösterilmemesidir (MK m. 512/I). Vasiyetnamede gösterilmemiş olan çıkarma sebebinin çıkarmadan yararlanan mirasçılar tarafından vasiyetname dışı olgulara dayalı olarak ispatı mümkün değildir⁹⁰.

Tenkis davası açılabilir ikinci hal gösterilen çıkarma sebebinin yeterli olmaması veya ispat edilememesidir⁹¹. MK m. 512/II uyarınca

rilen çıkarma sebebinin varlığı davalılarca ispat edilmiştir. Bu durumda çıkarmaya ilişkin tasarrufun, sebebi hakkında açık bir yanılmaya dayandığı kabul edilemez...” Yarg. 2. HD., 18.2.2010 t. 2010/553 E. 2010/2901 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

⁸⁹ DURAL/ ÖZ, s. 214.

⁹⁰ SEROZAN/ ENGİN, s. 383; GÖNEN, s. 332; WEIMAR, Art. 479, N. 4; YAĞCI, s. 429.

⁹¹ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 315; OĞUZMAN, s. 215; SEROZAN/ ENGİN, s. 389; ÇAKIN, s. 528; ŞENOCAK, s. 426. *“...davacı kızımı, (kendisini kötüleyerek hacir altına alınması için babasının mahkemeye başvuruda bulunmasını sağladığı, yine babasına tahrikle aleyhinde boşanma davası ikame ettirdiği, davalı kızlardan Seza'nın avukatlığa kabulünü önlemek için İstanbul Baro Başkanlığına müracaatla akli melekelerinin noksan olup avukatlık yapamayacağı ihbarında bulunarak onun geleceği ve ayrıca şeref ve haysiyeti ile oynadığı) gibi sebepleri tek tek sayarak mirastan iskat etmiştir...Ancak somut olayda, miras bırakanın vasiyetnamesinde iskat için gösterdiği sebeplerin Medeni Kanununun 457. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında belirtilen iskata yeterli nitelik ve ağırlıkta bulunmadığı hususunda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında görüş birliği mevcuttur...yani miras bırakan mirastan iskatta hiç sebep göstermemiş veya gösterdiği sebepler iskati mucip ağırlıkta*

çıkarma sebebinin doğruluğunu ispat yükü, ölüme bağlı tasarruftan faydalanan yasal veya iradi mirasçılar ile vasiyet alacaklılarının üzerindedir. Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarılan kişinin çıkarma sebebine itiraz etmesi yeterli olup, sebebin gerçekleştiğini veya yeterli olduğunu ispat yükü karşı tarafta olacaktır⁹². İspat yükünün bu şekilde düzenlenmesi nedeniyle mirasbırakanın vasiyetnameyi yaparken çıkarma sebebine ilişkin ispat vasıtalarını da açıklaması tavsiye edilmektedir⁹³. Yargıtay bir kararında çıkarma sebebinin ispatı için dinletilen tanıkların mirasbırakandan duydukları şeyler üzerinden beyanda bulunmalarını ispat için yeterli görmemiştir⁹⁴. Ancak Yargıtay tanıkların bizzat şahit olduğu vakalara ilişkin olarak tanıkla ispatı yeterli görmektedir⁹⁵.

Somut olayda tenkis sebepleri gerçekleştiği takdirde tenkis davası açan çıkarılan mirasçı miras payını değil ama saklı payının tamamını alabilecektir⁹⁶. Çünkü bu hallerde mirasbırakanın farazi iradesinin mi-

değil ise iptal yalnızca tasarruf nisabı miktarında mümkün olabilir..." Yarg. HGK., 1.4.1990 t. 1990/2-130 E. 1990/239 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

⁹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 315; OĞUZMAN, s. 215; SEROZAN/ ENGİN, s. 389; DURAL/ÖZ, s. 215; ÇAKIN, s. 530; YAĞCI, s. 430; İMRE/ERMAN, s. 257. "...Mirastan çıkarma sebebinin varlığını ispat etmek çıkarmadan yararlanan mirasçıya ait bulunmaktadır..." Yarg. 2. HD., 30.4.2007 t. 2007/5238 E. 2007/7109 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

⁹³ TONGSİR, s. 42; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 316; OĞUZMAN, s. 215; ÇAKIN, s. 528; İMRE/ ERMAN, s. 252.

⁹⁴ "...Ayrıca bir kısım tanıkların muristen duyduklarını anlatması davacıların mirasçılıktan doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelmez..." Yarg. 14. HD, 2.3.2015 t. 2015/2911 E. 2015/2239 K. (Lexpera, Çevrimiçi, 30.12.2021).

⁹⁵ "...Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz. Dosyada, tanığın gerçek olmayan olayları gerçekmiş gibi ifade ettiğini kabule yeterli delil ve olgu yoktur. O halde, tanığın sözlerine değer vermek gerekir..." Yarg. 3. HD., 14.3.2019 t. 2018/7003 E. 2019/2130 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 12.4.2022).

⁹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 315-316; HATEMİ, s. 128; SEROZAN/ ENGİN, s. 389; DURAL/ ÖZ, s. 214; OĞUZMAN, s. 215; ÇAKIN, s. 528; ANTALYA, s. 262; ŞENOCAK, s. 425-426; WILDISEN, Art. 479, N. 4. "...Olayda toplanan deliller, mirastan iskate sebebi (M.K. 457) sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunmadığına, ölenin sebep yönünden yanılması da söz konusu olmadığına göre, Medenî Kanun'un 459. maddesi uyarınca tasarruf nisabı sınırı içerisinde geçerli olmak üzere vasiyetnamenin iskata ilişkin bölümünün hükümsüzlüğüne ve bunun dışında kalan vasiyet hükümlerinin lüzüm ifade etmesine karar verilmesi zorunlu iken vasiyetnamenin tüm olarak iptâl olunması isabetsizdir..." Yarg. 2. HD., 16.2.1976 t. 1976/787 E. 1976/1293 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021). "...Murisin saklı pay dışında kalan pay için her zaman tasarruf hakkı bulunduğundan, saklı pay dışındaki payı için çıkarmanın (ıskatın) şartları aranmaz..." Yarg.

rasçıyı saklı payı ile sınırlı olarak terekede hak sahibi kılmak yönünde olduğu kabul edilmektedir⁹⁷.

c. İptal ve Tenkis Davalarının Tarafları

İptal veya tenkis davasının kime karşı açılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁹⁸, bu davalar sadece çıkarma tasarrufundan faydalanan mirasçılara değil; mevcut ve muhtemel tüm mirasçılara karşı açılmalıdır. Nitekim davada alınan hüküm bu davaya taraf olmayan mirasçıları bağlamaz⁹⁹. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁰⁰ ise, bu davalar sadece çıkarma tasarrufundan yararlanan mirasçılara karşı açılmalıdır. Yargıtay'ın her iki yönde de kararları bulunmaktadır¹⁰¹.

14. HD., 02.06.2015 t. 2015/1687 E. 2015/6049K. (Lexpera, Çevrimiçi, 30.12.2021). "...çıkarmadan yararlanan davalılar, gösterilen sebebin doğruluğunu kanıtlayamamışlardır. Bu durumda mahkemece; ... mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasarrufun mirasçının saklı payı dışında yerine getirileceği, başka bir ifade ile davacıların saklı paylarını isteyebileceği ve davaya tenkis davası olarak devam edilmesi gerektiği gözetilerek..." Yarg. 3. HD., 26.3.2019 t. 2017/13850 E 2019/2573 K. (Lexpera, Çevrimiçi, 30.12.2021). Aynı yönde bkz: Yarg. 3. HD., 4.7.2012 t. 2012/3661 E. 2012/16811 K.; Yarg. 14. HD., 17.5.2021 t. 2018/3342 E. 2021/3230 K. (Lexpera, Çevrimiçi, 30.12.2021).

⁹⁷ SEROZAN/ ENGİN, s. 389; DURAL/ ÖZ, s. 215; YAĞCI, s. 433. "...Mirasbırakan vasiyetnamesinde mirastan çıkarma sebeplerini açıklamıştır. Gösterdiği sebebe dair mirasbırakanın açık bir yanılığa düştüğüne dair bir delil bulunmamaktadır. Davalılar gösterilen sebebin doğruluğunu kanıtlayamamışlardır. Bu durumda mirastan iskatın mirasbırakanın tasarruf nisabı oranında geçerli olacağı, başka bir ifadeyle davacıların saklı paylarını isteyebileceği ve bu halde davaya tenkis davası olarak devam edileceği düşünülmelidir. Vasiyetnamenin tümünden iptaline karar verilmesi yasaya aykırıdır..." Yarg. HGK., 15.11.2013 t. 2013/2-129 E. 2013/1585 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

⁹⁸ ANTALYA, s. 263.

⁹⁹ "...Iskatın iptali için iskat edilen tarafından sadece kendi furuu aleyhine açılan dava sonunda verilen karar müteveffanın diğer mirasçıları davada taraf bulunmadığından onlar için kesin hüküm oluşturmaz..." Yarg. 2. HD., 12.12.1995 t. 1995/11522 E. 1995/13538 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

¹⁰⁰ SEROZAN/ ENGİN, s. 390; DURAL/ ÖZ, s. 214; OĞUZMAN, s. 215; YAĞCI, s. 447; WEIMAR, Art. 479, N. 12.

¹⁰¹ Davanın tüm mirasçılara açılması gerektiği yönünde bkz: "...Çıkarmaya itiraz davasını, çıkarılan mirasçı açar. Çıkarmaya itiraz davası, miras bırakanın kanuni mirasçılara ve çıkarılanın varsa altsoyuna karşı açılır..." Yarg. 14. HD., 22.11.2018 t. 2016/3076 E. 2018/8074 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 30.12.2021). Aynı yönde bkz: Yarg. 14. HD., 15.2.2021 t. 2017/2506 E. 2021/924 K.; Yarg. HGK., 9.4.1997 t. 1996/2-888 E. 1997/306 K. (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 23, S. 11, Kasım 1997, s. 1687); Yarg. 2. HD., 13.9.1994 t. 1994/6102 E. 1994/7991 K. (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 20, S. 12, Aralık 1994, s. 1910). Davanın sadece çıkarmadan yararlanan mirasçılara açılması gerektiği yönünde bkz: Yarg. 3. HD., 26.11.2013 t. 2013/15148 E. 2013/16683 K.; Yarg.

İptal veya tenkis davalarını açma hakkı olan mirasçının bu haklarını kullanmaktan halinde mirasçının alacaklılarının veya iflas masasının dava açma hakkı olup olmadığı değerlendirilmelidir. MK m. 558/I'e göre iptal davası açma hakkı sadece mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına tanındığından mirasçının alacaklılarının veya iflas masasının bu davayı açması mümkün değildir¹⁰². Öte yandan MK m. 562/II uyarınca iflas masası ve alacaklılara tenkis davası açma hakkı tanınmıştır. Bu nedenle söz konusu hüküm burada da uygulanarak mirasçının tenkis davası açması halinde alacaklıların veya iflas masasının bu davayı açması mümkündür¹⁰³.

II. MİRASÇILIKTAN KORUYUCU ÇIKARMA

A. Mirasçılıktan Koruyucu Çıkarma Kavramı ve İşlevi

Mirasçılıktan çıkarma her zaman mirasçıyı cezalandırma işlevi taşımaz. Kanun koyucu mirasbırakanın borç ödemediği aciz haldeki altsoyunun çocuklarını koruma amacıyla da mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulabileceğini düzenlemiştir¹⁰⁴. Cezai çıkarmaya ilişkin hükümler kıyasen koruyucu çıkarmaya da uygulanır¹⁰⁵. Mirasçılıktan koruyucu çıkarma MK m. 513'te şu şekilde hüküm altına alınmıştır:

“Mirasbırakan, hakkında borç ödemediği aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak, bu yarıyı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesi şarttır.

3. HD., 4.4.2017 t. 2016/3523 E. 2017/4550 K.; Yarg. 3. HD., 13.3.2018 t. 2016/9952 E. 2018/2354 K. (Lexpera, Çevrimiçi: 31.12.2021).

¹⁰² ESCHER, Art. 479, N. 5; DURAL/ÖZ, s. 215; YAĞCI, s. 447; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 269. “...Davacı vekili, müvekkillerinin miras bırakanları Sıtkı'nın 1967 yılında İsmail'e ait otobüste yolcu olarak gitmekte iken bir trafik olayı yüzünden öldüğünü taşıma sözleşmesi sebebiyle hakkında dava açıldığını, 167.000.- lira tazminatın ödenmesine karar verildiğine ve icra kovuşturmasına başladığını İsmail'in babasının da bu borcun ödenmesini önlemek, yani alacaklıyı zararlandırmak amacıyla ve gerçek dışı sebeplerle oğlu İsmail'i mirastan ıskat ettiğini bir süre sonra da öldüğünü beyanla işbu ıskat tasarrufunun iptalini istemiştir...Kanunda bu hak, üçüncü kişilere verilmiş, sadece ıskat edilen kişiye tanınmış ve bu yön, M.K. 'nun 459. maddesinde “İskat edilen kimse tarafından itiraz vukuunda” cümlesiyle ifade edilmiştir...” Yarg. 2. HD., 8.7.1977 t. 1977/4832 E. 1977/5619 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 6.1.2022).

¹⁰³ ESCHER, Art. 479, N. 5; SEROZAN/ ENGİN, s. 390; DURAL/ ÖZ, s. 215; YAĞCI, s. 424.

¹⁰⁴ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 318-319; DURAL/ ÖZ, s. 216; SEROZAN/ ENGİN, s. 390; ÇAKIN, s. 531; ANTALYA, s. 264. KOCAAĞA, Köksal, “Borç Ödemediği Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (MK m. 513)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2005, s. 83-102, s. 83; YAĞCI, s. 66.

¹⁰⁵ TUOR, Art. 480, N. 4; KOCAAĞA, s. 86.

Miras açıldığı zaman borç ödemedен aciz belgesinin hükmü kalmamışsa veya belgenin kapsadığı borç tutarı mirasçılıktan çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyorsa, mirasçılıktan çıkarılanın istemi üzerine çıkarma iptal olunur."

B. Geçerlilik Şartları

1. Altsoyun Borç Ödemedен Aciz Olması

Koruyucu çıkarma için mirasbırakanın altsoyu hakkında aciz belgesi bulunması gerekir (MK m. 513/I). Hükümde geçen borç ödemedен aciz belgesi İcra ve İflas Kanunu m. 143'te hüküm altına alınan kesin aciz vesikasıdır¹⁰⁶. Mirasçı hakkında iflas kararı alınması halinde de koruyucu çıkarma tasarrufunda bulunulabilir¹⁰⁷. Mirasçının borçlarını ödeyemeyecek duruma kusuru ile düşüp düşmemesi koruyucu çıkarma şartları bakımından önem taşımaz¹⁰⁸.

Bir görüşe göre¹⁰⁹, aciz vesikası çıkarma tasarrufunun yapıldığı anda alınmış olmalıdır. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise¹¹⁰, aciz vesikasının çıkarma tasarrufunun yapıldığı anda alınmış olması gerekmez. En geç mirasbırakanın öldüğü tarihte alacaklılar tarafından aciz vesikasının alınmış olması yeterlidir. Bu durumda esasında aciz vesikası alınması geciktirici şartına bağlı bir ölüme bağlı tasarruf yapılmış olmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁶ SAYMEN, Ferit H., "Aciz Sebeble Mirastan Iskat", İstanbul Barosu Mecmuası, S. 3, Y. 13, Mart 1939, s. 145-168, s. 149; KOCAAĞA, s. 88; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 319; OĞUZMAN, s. 216; DURAL/ ÖZ, s. 216-217; ANTALYA, s. 265; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 200; BÜRGI, Art. 480, N. 5. Mirasçılıktan koruyucu çıkarma için aranan aciz vesikası şartı nedeniyle bu tür çıkarmanın uygulamada fazla yer bulamadığı; zira alacaklıların olası mirasçılıktan çıkarmaları önleyebilmek için borçlu hakkında giriştikleri takipleri aciz vesikası verilebilecek safhaya kadar ilerletmedikleri ifade edilmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 319; OĞUZMAN, s. 217; SAYMEN, s. 151; KOCAAĞA, s. 89).

¹⁰⁷ KILIÇOĞLU, s. 188; WEIMAR, Art. 480, N. 7.

¹⁰⁸ SAYMEN, s. 150; KOCAAĞA, s. 89; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 275.

¹⁰⁹ OĞUZMAN, s. 217.

¹¹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 319; ESCHER, Art. 480, N. 3; ÇAKIN, s. 531; ANTALYA, s. 265; İMRE/ ERMAN, s. 258; ÇABRİ, s. 292; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, Erbrecht, Zürich/St. Gallen, 2011, s. 29.

¹¹¹ ANTALYA, s. 265; KOCAAĞA, s. 88-89.

2. Çıkarılan Mirasçının Mirasbırakanın Altsoyu Olması ve Saklı Payın Yarısının Çıkarılan Mirasçının Doğmuş ve Doğacak Çocuklarına Özgülenmesi

Mirasçılıktan koruyucu çıkarmaya tüm saklı paylı mirasçılar değil, sadece mirasbırakanın altsoyu muhatap olabilir¹¹². Bu bağlamda, koruyucu çıkarma mirasbırakanın çocukları ve eğer bunlar herhangi bir sebeple mirasçı olamıyorsa torunları hakkında da yapılabilir¹¹³. Mirasbırakanın evlatlığı da koruyucu çıkarma bakımından altsoy kapsamına dahildir¹¹⁴.

Mirasçının bu tasarrufa muhatap olabilmesi için kendisinin de altsoyu bulunması gerekir. Mirasbırakan koruyucu çıkarma tasarrufunu sadece mirasçının saklı payının yarısına kadar ve bu payı da mirasçının doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemek suretiyle yapabilir. Bu özgüleme koşulsuz ve yüklemesiz olmalıdır¹¹⁵. Saklı payın kalan kısmı için ise çıkarılan mirasçının mirasçı sıfatı devam eder.

Bir görüşe göre¹¹⁶, doğacak çocuklar ifadesi, mirasbırakanın ölümü anında ana rahmine hiç düşmemiş olan çocukları da kapsamaktadır. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise¹¹⁷, doğmuş ve doğacak çocukların kapsamına, mirasbırakanın ölümü anında hayatta olan veya ana rahmine düşmüş olan çocuklar girer.

Çıkarılan mirasçının mirasbırakandan önce ölen çocuklarının yerine geçen altsoy da kök içi halefiyet prensibi gereği koruyucu çıkarmadan faydalanabilmelidir¹¹⁸. Örneğin; mirasbırakan mirasçılıktan çıkardığı oğlunun saklı payının yarısını oğlunun daha önce ölmüş olan kızının

¹¹² KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 318; SAYMEN, s. 147; OĞUZMAN, s. 216; DURAL/ÖZ, s. 216; ÇAKIN, s. 531; KOCAAĞA, s. 87.

¹¹³ SAYMEN, s. 148; KOCAAĞA, s. 87; İMRE/ ERMAN, s. 258; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 274.

¹¹⁴ ÇAKIN, s. 531; KOCAAĞA, s. 87; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 274; BAYDAR, s. 100; BESSENICH, Art. 480, N. 3. Aksi yönde: SAYMEN, s. 148-149.

¹¹⁵ KOCAAĞA, s. 93; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 276.

¹¹⁶ SAYMEN, s. 153; BÜRGI, Art. 480, N. 1; WEIMAR, Art. 480, N. 24.

¹¹⁷ ESCHER, Art. 480, N. 6; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 319; OĞUZMAN, s. 217; ÇAKIN, s. 532; DURAL/ÖZ, s. 217; HATEMİ, s. 123; KOCAAĞA, s. 92; İMRE/ ERMAN, s. 259; ÇABRİ, s. 292; WILDISEN, Art. 480, N. 3; BAYDAR, s. 103.

¹¹⁸ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 319; OĞUZMAN, s. 217; DURAL/ ÖZ, s. 217; KOCAAĞA, s. 90.

çocuğuna yani oğlunun torununa özgüleyerek mirasçılıktan koruyucu çıkarma tasarrufunda bulunabilmelidir¹¹⁹.

3. Çıkarmanın Ölümüne Bağlı Tasarruf ile Yapılması

Koruyucu çıkarmanın vasiyetname ile yapılması gerekmektedir¹²⁰. Eğer çıkarma tasarrufu miras sözleşmesi ile yapılırsa çıkarma hükmü miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine girmez¹²¹. Mirasçılıktan çıkarma ve saklı payın yarısını altsoyun çocuklarına tahsis tasarruflarının birbirine sıkı surette bağlı olmaları nedeniyle aynı ölümüne bağlı tasarruf içinde düzenlenmeleri gerektiği, aksi halde kanunun amacına aykırı hareket edilmiş olacağı ifade edilmektedir¹²².

Cezai çıkarmanın ölümüne bağlı tasarruf ile yapılmasına ilişkin açıklamalarımız koruyucu çıkarma bakımından da kıyasen geçerli olacaktır. Bu bağlamda örneğin, çıkarma tasarrufunda çıkarma iradesi ve sebebi de bulunmalıdır¹²³.

C. Mirasçılıktan Koruyucu Çıkarmanın Geçersizliği

Mirasçılıktan koruyucu çıkarmada mirasın açıldığı sırada aciz vesikası hükümsüz hale gelmişse veya aciz vesikasında tespit edilen borç çıkarılan mirasçının miras payının yarısını aşmıyorsa mirasçı iptal davası açarak ölümüne bağlı tasarrufu hükümsüz hale getirebilir (MK m. 513/II)¹²⁴. İptal davasının açılabilmesi için aciz vesikasının hükümsüz kalma sebebi önemli değildir¹²⁵. İptal davası sonucunda çıkarılan mirasçı miras payının tamamını talep edebilir¹²⁶. Çıkarılan mirasçının alacaklılarının iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır¹²⁷.

¹¹⁹ DURAL/ ÖZ, s. 217; KOCAAĞA, s. 90-91.

¹²⁰ DURAL/ ÖZ, s. 217; ANTALYA, s. 265; KOCAAĞA, s. 93; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 277; WILDISEN, Art. 480, N. 2.

¹²¹ DURAL/ ÖZ, s. 217; KOCAAĞA, s. 94; İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 277.

¹²² SAYMEN, s. 154; KOCAAĞA, s. 94.

¹²³ KOCAAĞA, s. 94; YAĞCI, s. 67; İMRE/ ERMAN, s. 259.

¹²⁴ Mülga Türk Kanunu Medenisi yürürlükte iken burada iptal değil; tenkis davasının söz konusu olduğu da savunulmaktaydı. Bu görüş için bkz: KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU, s. 320; ÇAKIN, s. 533. Zira aynı hususu düzenleyen EMK m.460 c. 3; "Miras açıldığı zaman icra vesikasının hükmü mürtefi olmuş yahut böyle bir vesika olupta ihtiva ettiği borcun miktarı miras hakkının yarısından fazla bulunmamış ise mahrum edilenin talebi ile; iskat, keenlemyekün olur." şeklinde hüküm altına alınmıştı.

¹²⁵ KOCAAĞA, s. 98.

¹²⁶ DURAL/ ÖZ, s. 217; KOCAAĞA, s. 100; İMRE/ ERMAN, s. 260; KILIÇOĞLU, s. 189.

¹²⁷ OĞUZMAN, s. 217; ANTALYA, s. 267; ÇAKIN, s. 533; KOCAAĞA, s. 99; İMRE/ERMAN, s. 260. EMK döneminde buradaki davayı tenkis davası olarak kabul

Mirasçılıktan çıkarılan mirasçının, mirasbırakanın ölümü anında doğmuş veya ana rahmine düşmüş bir çocuğu olmaması veya saklı payının yarısının altsoyuna değil başka kişilere tahsis edilmesi hallerinde tenkis davası açarak saklı payını talep etmesi mümkündür¹²⁸. Keza mirasbırakanın çıkarma nedenini ölüme bağlı tasarrufunda göstermemesi de tenkis sebebidir (MK m. 512 kıyasen)¹²⁹. MK m. 562'nin şartları gerçekleştiği takdirde tenkis davası mirasçının alacaklıları veya iflas idaresi tarafından da açılabilir¹³⁰.

SONUÇ

Mirasçılıktan çıkarma cezai veya koruyucu nitelikte olabilir. Cezai çıkarma, saklı paylı mirasçının mirasbırakan veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemesi veya mirasbırakan veya aile üyelerine karşı olan aile hukukundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde söz konusu olur. Bu tür çıkarmada mirasbırakan mirasçıyı saklı payından mahrum bırakarak bir nevi cezalandırır. Koruyucu çıkarma ise mirasbırakanın altsoyunun borç ödemediği aciz halinde olması nedeniyle çıkarılan mirasçının saklı payının yarısının mirasçının doğmuş veya doğacak çocuklarına geçmesini temin eder.

Her iki çıkarma türünde de mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun ölüme bağlı tasarruf ile yapılması gerekir. Ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin hükümler mirasçılıktan çıkarmaya da uygulanabilir. Ka-

edenler ise, alacaklılara tenkis davası açma hakkı tanıyan MK m. 562'yi uygulayarak, alacaklıların da tenkis davasını açabileceklerini savunmakta idi. Bkz: KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU, s. 320. "...M.K.nun 504 ve 557. maddelerinde olduğu üzere, ıskat tasarrufunun iptâli bakımından üçüncü kişilere iptâl davası açmak hakkı verilmemiştir. Bu husus, azönce belirtilen kanun hükümlerinden anlaşıldığı gibi, bilimsel görüşler de aynı doğrultudadır (Prof. Nuşin Ayiter, *Miras Hukuku*, 1971, S. 131; Prof. A. Naim İnan, *Miras Hukuku*, 1969, S. 238; Prof. A. Escher *İsviçre Medenî Kanun Şerhi, Miras, Sabri Şakir Ansay Çevirisi*, 1949, S. 198). Her ne kadar temyiz dilekçesinde M.K. 'nun 504. maddesinde ifadesini bulan tenkis davası şeklinde açılmış iş bu ıskat tasarrufuna itiraz şeklinde bir nitelendirmeye yer verilmiş ise de, olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelime ise hâkime aittir. Dava dilekçesinde belirtilen olaylar ve yazılı sözlerden anlaşıldığı gibi, istek, M.K.'nun 504. maddesiyle ilgili değildir. Zaten davada bunun şartları da yoktur. İstek, açıktan açığa mirastan ıskat tasarrufunun iptâline ilişkindir ki, bu hak üçüncü kişilere tanınmamıştır. Olması gereken hukuk açısından böyle bir hakkın tanınması düşünülebilir ise de, yürürlükte olan hukuk buna engeldir..." Yarg. 2. HD., 8.7.1977 t. 1977/4832 E. 1977/5619 K. (www.kazanci.com, Çevrimiçi: 25.12.2021).

¹²⁸ OĞUZMAN, s. 217; KOCAAĞA, s. 97; YAĞCI, s. 69-70; BAYDAR, s. 112.

¹²⁹ YAĞCI, s. 70.

¹³⁰ OĞUZMAN, s. 217; KOCAAĞA, s. 97; BAYDAR, s. 112.

nun koyucu ayrıca mirasçılıktan cezai çıkarmaya ilişkin bir iptal sebebi ni de hüküm altına almıştır. Buna göre mirasbırakan çıkarma sebebinde açıkça yanılmış ise mirasçının iptal davası açarak miras payının tamamını talep etmesi mümkündür. Keza mirasçılıktan koruyucu çıkarmada da mirasın açıldığı sırada aciz vesikası hükümsüz hale gelmişse veya aciz vesikasında tespit edilen borç çıkarılan mirasçının miras payının yarısını aşmıyorsa mirasçı iptal davası açarak ölüme bağlı tasarrufu hükümsüz hale getirebilir. Ölüme bağlı tasarrufta mirasçılıktan çıkarma sebebi gösterilmez veya gösterilen sebebin gerçekleştiği ispatlanamazsa mirasçılıktan çıkarılan kişi tenkis davası açarak saklı payını elde edebilmektedir. Yargıtay kararları da iptalden ziyade mirasçılıktan cezai çıkarma sebebinin gösterilmediği veya ispatlanamadığı hallerde açılan tenkis davalarına ilişkin olarak verilmektedir. Mirasçılıktan koruyucu çıkarma Yargıtay kararlarına pek konu olmamıştır.

Mirasçılıktan çıkarma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hâkimin takdir hakkı bulunmaktadır. Yargıtay çıkarma sebeplerinin mevcut olup olmadığını somut olayın şartlarını dikkate alarak değerlendirmektedir. Bu kapsamda Yargıtay çıkarmanın tanıkla ispatını yeterli görmektedir. Yargıtay kararları mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin neler olduğuna ve mirasçılıktan çıkarmanın geçerlilik şartlarına ilişkin olarak da oldukça zengin bir hukuk kaynağı sağlamaktadır. Bu kararlarda çıkarma sebeplerinin ağırlığını tespiti yönelik kriterler belirlenmekte ve uygulama açısından da istikrar sağlanmaktadır. Yargıtay somut olaydaki verileri dikkate alırken benzer olaylarda birbirine uyumlu sonuçlara varmaktadır.

KAYNAKLAR

- ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2021.
- BAYDAR, Utku, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- BELEN, Herdem, Miras Hukuku Şema Kitap, 2. Bası, İstanbul, 2021.
- BESSENICH, Balthasar, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, C. II, 3. Bası, Basel, 2007 (Art. 477-480).
- BREITSCHMID, Peter/ EITEL, Paul/ FANKHAUSER, Roland/ GEISER, Thomas/ JUNGO, Alexandra, Erbrecht, 3. Bası, Zürih-Basel-Genf, 2016.
- BÜRGI, Klaus, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Bası, Zürih, 2016 (Art. 477-480).
- ÇABRİ, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C. I, İstanbul, 2018.
- ÇAKIN, Nur, “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1974, s. 523-536.
- ÇUBUKGİL, Rıza, “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, 1950, s. 441-467.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, C. IV, 16. Bası, İstanbul, 2021.
- ENGİN, Baki İlkay, Mirastan Yoksunluk, İstanbul, 2010.
- EREN, Fikret/ YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2020.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011.
- ERSÖZ, Oğuz, “Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 14, Y. 2019, s. 195-254.
- ESCHER, Arnold, Das Erbrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, C. III/I, Zürih, 1959 (Art. 477-480).
- GÖNEN, Doruk, “Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015.
- HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2021.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, Erbrecht, Zürih/St. Gallen, 2011.
- İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2018.

- İMRE, Zahit, Türk Miras Hukuku, C. I, İstanbul, 1960.
- İNAN, Ali Naim/ ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2019.
- KARACA, Beytul Fatih, Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2019.
- KOCAAĞA, Köksal, “Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (MK m. 513)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2005, s. 83-102.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987.
- KULAKLI, Erhan, “Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Sebebi Teşkil Eder Mi?”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2020, s. 289-307.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1995.
- ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 11. Bası, Ankara, 2020.
- SAYMEN, Ferit H., “Aciz Sebebiyle Mirastan Iskat”, İstanbul Barosu Mecmuası, S. 3, Y. 13, Mart 1939, s. 145-168.
- SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2021.
- SEZEN, Cehdi Cihan, Türk Miras Hukukunda Mirastan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- ŞENER, Esat, Miras Hukuku, Ankara, 1977 (Miras).
- ŞENER, Esat, “Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller”, Yargıtay Dergisi, C. 2, S. 3, Temmuz 1976, s 101-125 (Mirasçılık Sıfatı).
- ŞENOCAK, Zarife, “Cezai Iskat ve Cezai Iskatin Hükümleri”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 421-429.
- TANRIVERDİ, Ali Deniz, Türk Medeni Hukukunda Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.
- TONGSİR, Ferih B., Türk Hukukunda Mirastan Iskat, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956.

TUOR, Peter, Das Erbrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, C. III/I, 2. Bası, Bern, 1964 (Art. 477-480).

TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ JUNGO, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Bası, Zürich-Basel-Genf, 2015.

WEIMAR, Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, BK – Berner Kommentar, C. III/1/1/1, Bern, 2009 (Art. 477-480).

WILDISEN, Christoph, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Zürich-Basel-Genf, 2016 (Art. 477-480).

YAĞCI, Kürşad, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), İstanbul, 2013.

ÖRGÜTLÜ SUÇLAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN AYRIKSI DÜZENLEMELERİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Arif Emre SÜMER*

Öz

Birçok ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler tehlikeli suçlu olarak kabul edilip, bunlar hakkında diğer hükümlülere farklı infaz hukuku müesseseleri uygulanmaktadır. Koşullu salıverilme, denetimli serbestlik gibi bazı genel infaz hukuku müesseseleri ise örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında daha ağır şekilde tatbik edilmektedir. Ceza infaz hukukunun temel amacı olan suçlunun ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılmasının sağlanması noktasında, hükümlülere cezanın infazı sırasında tanınan bazı hakların da örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler için sınırlandırıldığına rastlanmaktadır. Bu çalışmada, Türk ceza infaz sisteminde örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında uygulanan söz konusu ayrıksı infaz müesseseleri incelenecektir. Ayrıca, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında uygulanan bu ayrıksı infaz düzenlemelerinin eşitlik, hukuk devleti ve kanunilik ilkelerini ihlal edip etmediği, Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda analiz edilecektir.

* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye | Res. Asst., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, İzmir, Turkey.

✉ arifemre.sumer@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0001-7382-4922

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: SÜMER Arif Emre, "Örgütlü Suçlar İçin Öngörülen İnfaz Rejimine İlişkin Ayrıksı Düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 637-677.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Örgütlü Suçluluk • Ceza İnfaz Hukuku • Koşullu Salıverilme • Eşitlik İlkesi
• Hukuk Devleti İlkesi

**EVALUATION OF EXCEPTIONAL REGULATIONS REGARDING
THE EXECUTION REGION SYSTEM FOR ORGANIZED CRIMES IN
THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS**

Abstract

As in the legislation of many countries, persons who convicted of organized crimes are considered dangerous criminal in Turkish law, and different execution law rules are applied about them separately other convicts. On the other hand, some general execution law rules such as conditional release and probation are heavily applied to persons convicted of organized crimes. It is observed that some of the rights granted to convicts during the execution of the sentence are also restricted for organized crimes, in order to ensure that the criminal is rehabilitated and reintegrated into society, which is the main purpose of the penal execution law. In this study, the aforementioned exceptional execution rules applied to organized crime offender in the Turkish penal execution system will be examined. In addition, whether these different execution systems applied for organized crimes violate the principles of equality, rule of law and principle of legality will be analyzed in the light of decisions of the Turkish Constitutional Court.

Key Words

Organized Crime • Law on Criminal Execution • Conditional Release • Principle of Equality • Rule of Law Principle

GİRİŞ

Türk hukukunda örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler tehlikeli suçlu olarak kabul edilmiş ve bunlar hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanması kuralı benimsenmiştir. Ayrıca, bu kişiler hakkında diğer suçlulardan farklı ceza infaz müesseselerinin tatbik edileceğine, bazı infaz hukuku müesseselerinin bu kişiler hakkında daha ağır bir şekilde uygulanacağına ve yine söz konusu kişilerin bazı hükümlü haklarından yararlanmaları noktasında birtakım sınırlamaların getirilebileceğine kanunlarda yer verilmiştir. Bu çalışmada, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilere uygulanacak her türlü infaz hukuku müessesesine değil, yalnızca bu kişilerin cezalarının infazında diğer hükümlülere göre farklılık arz eden hususlara değinilecektir. Bu kapsamda çalışmanın ilk

bölümünde, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında; mükerrirlere özgü infaz rejimi, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik, tek tip kıyafet giyme mecburiyeti gibi infaz müesseselerinin uygulanma şekline değinilecek, daha sonra bu kişilerin yararlanamayacağı özel infaz usulleri ile yararlanmalarının daha ağır şartlara bağlandığı infaz müesseselerinden bahsedilecektir. Bu bölümde ayrıca, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında geçerli olan hükümlü haklarından yararlanma noktasında getirilen birtakım sınırlamalar ile 7242 sayılı Kanun ile sevk edilen bazı geçici düzenlemelerden de bahsedilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, tüm bu ayrık infaz uygulamalarının eşitlik, hukuk devleti ve kanunilik ilkelerini ihlal eder nitelikte olup olmadığı, Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda analiz edilecektir.

I. ÖRGÜTLÜ SUÇLARDAN MAHKÛM OLAN KİŞİLER HAKKINDA UYGULANAN AYRIKSI İNFAZ MÜESSESELERİ İLE BAZI İNFAZ MÜESSESELERİNİN BU KİŞİLER HAKKINDA UYGULANMA ŞEKLİ

A. Örgütlü Suçlardan Mahkûm Olanlara Uygulanacak İnfaz Rejimi

Örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilere uygulanacak genel infaz rejimine “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular” başlıklı TCK m. 59/4’te yer verilmiştir. Hükme göre “Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek eden kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.” Bu düzenleme ile, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin tehlikeli suçlu olduğu kabul edilerek, cezalarının daha ağır bir şekilde infaz edilmesi yönündeki irade ortaya konulmuştur¹. Bunun sonucunda örgüt mensubu suçlular hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Bu kişiler hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacağı hususu ile cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi noktasında mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi verilmemiştir.²

¹ DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III, 14. Baskı, İstanbul 2020, s. 319.

² MACİT, Kemal, İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 183; Uygulamada örgüt üyeliği iddiasından dolayı hakkında HAGB kararı verilen kişinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlediği suçun karşılığında hükmedilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çekirildiğine rastlanmaktadır. Doktrinde de ifade edildiği üzere, bu durumun hukuka aykırı olduğu tartışmasızdır. Nitekim bu kişiler hukuki an-

Bu düzenlemede belirtilen “örgüt mensubu suçlu” kavramı TCK’nın “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinde, “bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, örgüte üye olmamakla birlikte bile rek ve isteyerek yardım eden kişiler bakımından TCK m. 58/9 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Zira, söz konusu tanıma örgüte yardım eden kişiler dahil edilmemiştir. Aksi yönde bir kabul suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal edecektir. Ancak örgütün TCK m. 314 kapsamında kalan bir silahlı örgüt olması hâlinde, ilgili kişi Terörle Mücadele Kanunu (TMK) uyarınca terör suçlusu sayılacağından bu husus geçerli olmayacaktır³. Nitekim TMK’nın 17. maddesinde, benzer bir düzenlemeye, bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olan kişiler için yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında örgütlü suçlarda koşullu salıverilme sürelerinin düzenlendiği CGTİK m. 107/4 ile mükerrirlere özgü infaz rejiminin düzenlendiği CGTİK m. 108 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, süreli hapis cezalarında koşullu salıverilme oranının dörtte üç olarak tatbik edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, yardım edilen örgütün TCK m. 314’te düzenlenen silahlı örgüt olması hâlinde de fail hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır⁴.

Bir hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacak olmasının ilk sonucu, bu kişi bakımından CGTİK m. 108’de düzenlenen koşullu salıverilme sürelerinin tatbik edilmesidir. TCK m. 58/9’daki düzenlemeye rağmen; örgüt kurma veya yönetme, örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işleme ve TMK kapsamına giren suçlardan

lamda örgüt mensubu olmadıkları için haklarında örgüt mensuplarına ilişkin infaz rejiminin uygulanması mümkün değildir. Bkz. ŞEN, Ersan/ ERYILDIZ, H. Sefa, Suç Örgütü, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 1002.

³ ŞEN/ ERYILDIZ, s. 1036.

⁴ “Sanık hakkında silahlı terör örgütüne yardım etmek suçuna yönelik verilen mahkumiyet kararına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde;...Sanık hakkında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’unun 107. maddesinin dördüncü fıkrası ile 108. maddesi hükümleri yerine, olayda koşulları oluşmayan TCK’nın 58/9 maddesinin uygulanması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, 24.04.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Yarg. 16. CD., T. 24.04.2018, E. 2018/363, K. 2018/1577, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 09.11.2021.

mahkûm olan kişiler bakımından⁵, CGTİK m. 107/4 ve TMK m. 17'de farklı koşullu salıverilme sürelerine yer verildiği için, söz konusu kişiler hakkında TCK m. 58/9'un atfı uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin düzenlendiği CGTİK m. 108'deki koşullu salıverilme süreleri değil, ilgili özel hükümler tatbik edilecektir⁶. Bu özel koşullu salıverilme sürelerine aşağıda değinilecektir. Örgüte üye olma suçundan mahkûm olan kişiler bakımından ise TCK m. 58/9 atfı uyarınca CGTİK m. 108'deki koşullu salıverilme hükümleri uygulanacaktır⁷.

Örgüt mensubu suçluların tehlikeli suçlu olarak kabul edilmesinin bir diğer sonucu, bu kişiler hakkında, mahkûm oldukları hapis cezasının infazının tamamlanmasından sonra başlayacak ve bir yıldan az olmamak üzere belirlenecek bir denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacak olmasıdır⁸. Denetimli serbestlik tedbirini genel hatlarıyla; suçlunun, süresi adli makamlar tarafından belirlenmek üzere, belirli bir süre zarfında kendisine yüklenen sosyal, hukuki veya tedavi gibi diğer edimleri yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi suretiyle

⁵ TMK kapsamına giren, dolayısıyla "terör suçu" olarak kabul edilen suçlar iki türdür. Bunlardan ilki, TMK'nın 3. maddesinde sayılan ve mutlak terör suçları şeklinde ifade edilen suçlardır. Bu suçlar; TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 311. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçlardır. Bir örgütün mensubu olmasa dahi bu suçları işleyen kişiler terör suçlusu sayılacaktır. İkinci tip terör suçlarını oluşturan ve nispi terör suçları olarak ifade edilen suçlar ise, ancak TMK'nın 1. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere kurulan örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde terör suçu sayılacaktır. Bu grubu oluşturan suçların sayısı oldukça fazladır.

⁶ ÖZBEY, Özcan, "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbiri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 88, Y. 2010, s. 90; DÖNMEZER/ ERMAN, s. 325; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 694.

⁷ Doktrinde Özgenç, her "örgüt mensubu" için CGTİK m. 107/4'teki koşullu salıverilme oranlarının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. CGTİK m. 107/4, örgüte üye olma suçunu işleyenleri kapsam dışında tuttuğu için bu görüşün kabul edilemeyeceği ileri sürülebilirse de, bu kişiler hakkında TCK m. 58/9 atfı uyarınca CGTİK m. 108 hükmünün tatbik edilmesi durumunda da koşullu salıverilme oranı üçte iki olacaktır. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2021, s. 984.

⁸ YENİDÜNYA, A. Caner/ İÇER, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 135; ERSAN, Aykut, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK md. 220)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, Y. 2013, s. 404; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 984.

yeniden topluma kazandırılmasını amaçlayan ceza adaleti kurumu olarak tanımlamak mümkündür⁹.

Türk ceza infaz sisteminde münhasıran örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler için uygulanan bir infaz müessesesi bulunmayıp, mevcut infaz hukuku kuralları bu suçlardan mahkûm olanlar bakımından daha sıkı bir şekilde tatbik edilmektedir. Alman hukukunda, örgütlü suçlar ile terör suçları gibi kamusal barışa ve hukuk devletine karşı işlenen tehlikeli suçlardan mahkûm olan kişilerin, cezanın infazı tamamlandıktan sonra dahi salıverilmeden ıslah edilip topluma yeniden kazandırılmaları maksadıyla gözlem altında tutulmalarını sağlayan *Sicherungsverwahrung* (Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma)¹⁰ benzeri bir kuruma Türk hukukunda yer verilmemiştir.

B. Koşullu Salıverilme

1. Örgütlü Suçlardan Mahkûm Olanlar Hakkında Koşullu Salıverilme Kurumunun Uygulanma Şekli

Koşullu salıverilme, mahkûm olduğu hapis cezasının tamamı infaz edilmeden kanunda öngörülen kısmını iyi hâlli olarak geçiren hükümlünün, kendisine yüklenen yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda geri alınmak kaydıyla, ilgili birim tarafından alınan karar uyarınca tahliye edilip sosyal hayata dönmesini sağlayan bir müessesedir¹¹. Koşullu

⁹ ÖZBEK, V. Özer, *İnfaz Hukuku*, 14. Baskı, Ankara 2021; AKKAYA, Aybüke, *Türk Hukukunda Denetimli Serbestlik*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2016, s. 4; TURHAN, Faruk/ ALTİKAT, Abdürrahim, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2012, s. 7-8.

¹⁰ Çeviri için bkz. YAŞAR, Ercan, "Alman Ceza Hukukunda Bir Emniyet Türü Olarak Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma", *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 3-4, Y. 2018, s. 263; Kavramı "Güvenlik amaçlı hürriyeti kısıtlayıcı emniyet tedbiri" şeklinde tanımlayan başka bir görüş için bkz. ROSENAU, Hennig, "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı", çev. Erhan Temel, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 4, Y. 2008, s. 391 vd.

¹¹ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2021, s. 252; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs., Ankara, Adalet, 2020, s. 56; Doktrinde *Maden* tarafından koşullu salıverilme müessesesi, "şartla salıverilme" ismi altında, "aşarî unsurları itibarıyla; infaz edilme-ye başlanmış hürriyeti bağlayıcı ceza altındaki hükümlünün hürriyetinin bağlanmasına şartla erkenden son verilmesi" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Mehmet Maden, "Ko-

salıverilen hükümlü, cezasının kalan kısmını toplumsal ortamda çekmeye devam eder¹². Koşullu salıverilme müessesesi daha çok cezanın özel önleme amacına hizmet etmektedir¹³. Bu müessese ile hükümlü iyi hâle teşvik edilerek kendisine uygulanan ıslah programlarının gereklerine uygun hareket etmesi sağlanacak¹⁴, ayrıca hükümlünün kendi kendini kontrol ile toplumsal yaşama uyum sağlama yeteleri gelişecektir¹⁵.

Suç işlemek amacıyla örgüt kuran veya yöneten ya da örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçtan dolayı süreli hapis cezasına mahkûm olanların koşullu salıverilmeden yararlanabilmeleri için ceza infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirmeleri gereken süre, ceza miktarının üçte ikisidir (CGTİK 107/4). Bu düzenlemeye göre hem örgüt kurma veya yönetme suçunu işleyenlerim hem de örgütün faaliyetleri kapsamında amaç suçları işleyenlerin koşullu salıverilmeleri, cezalarının üçte ikisinin ceza infaz kurumunda çektirilmesi şartına bağlı kılınmıştır. Madde metninde “*Örgütün faaliyeti kapsamında suç işleyen*” denildiği için, bu kişinin örgüt üyesi olması ile örgüt üyesi olmayıp örgüt adına suç işleyen veya bilerek ve isteyerek örgüte yardım eden kişi olması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak önemle ifade edilmelidir ki örgüte yardım etme fiilini işleyen kişilerin yardım eylemi münhasıran suç oluşturmaktadır. Aksi durumda, suçun TMK kapsamına girmesi durumu hariç, TCK m. 6 uyarınca örgüte yardım eden kişiler bakımından bu hükmün tatbiki mümkün olmayacaktır. Örgüte üye olma suçundan mahkûm olan kişiler CGTİK m. 107'nin kapsamına alınmadığı için, bu kişiler hakkında TCK m. 58/9'un atfı uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin düzenlendiği CGTİK m. 108'deki koşullu salıverilme oranları uygulanacaktır. Söz konusu düzenlemede ise süreli hapis cezasına mahkûm olan kişilerin koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanmaları cezalarının üçte ikisini ceza infaz kurumlarına çekmiş olmaları şartına bağlandığından, bu kişi-

şullu Salıverilmenin Mahiyeti ve Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, 2020, s. 634.

¹² ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III, 2. Baskı, İstanbul, 1992, s. 724; ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 117; DÖNMEZER/ ERMAN, s. 294; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019, s. 734.

¹³ AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “Koşullu Salıverilme,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, Y. 2008, s. 308.

¹⁴ MADEN, s. 647; AKKAŞ, s. 309; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013, s. 429.

¹⁵ DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 527.

ler hakkında CGTİK m. 107 ile m. 108'in uygulanması arasında bir fark bulunmamaktadır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanacaktır¹⁶. TMK'nın 17'nci maddesine göre ise, bu Kanun kapsamına giren suçlara ilişkin koşullu salıverilme süresi yetişkinler bakımından dörtte üç olarak uygulanacaktır¹⁷.

Doktrinde, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında farklı ve uzun koşullu salıverilme sürelerinin öngörülmesinin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil edebileceği belirtilmektedir¹⁸. Ayrıca bu görüşte olan yazarlardan bazılarının göre; koşullu salıverilme oranlarını suçlara göre farklı şekilde tayin eden düzenlemelerin eşitlik ilkesini ihlal eder nitelikte olması için "af kanunu" niteliğinde olmasına gerek bulunmadığı, infaz müesseseleri açısından hukuki durumları farklı olan kişiler hakkında "gereklilik" ve "zorunluluk" gibi durumlar olmadıkça eşitsizliğe yol açacak hükümlerin öngörülemeyeceği ifade edilmektedir¹⁹. Bu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı, aşağıda Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilecektir.

2. Örgütlü Suçlardan Mahkûm Olanlar Hakkında Koşullu Salıverilme Kurumunun Uygulanmayacağı Durumlar

Doktrinde koşullu salıverilme yolunun tamamen kapatılarak, hapis cezasının hükümlünün ömrü boyunca infaz edilmesinin infaz hukuksu esaslarına aykırı olduğu ifade edilmektedir²⁰. Zira böyle bir durumda, failin özgürlüğüne kavuşma ihtimali ortadan kalkmış olacağından

¹⁶ "Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile ...hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır." (CGTİK m. 107/2-son).

¹⁷ "Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 108 inci maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, süreli hapis cezaları bakımından düzenlenen koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır."

¹⁸ DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 532; AKKAŞ, s. 312.

¹⁹ ŞEN/ ERYILDIZ, s. 1015.

²⁰ DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 535.

yeniden sosyalleşmesi de mümkün olmayacaktır²¹. Türk hukukunda koşullu salıverilme yolunu kapatan birden fazla düzenlemeye yer verilmeyle birlikte, bu düzenlemelerden birinde hükümlünün ceza infaz kurumundan tahliye olup normal yaşama dönme ihtimali tamamen ortadan kaldırılmaktadır. CGTİK m. 107/16'da yer verilen bu düzenleme şu şekildedir: "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz."

Buna göre Türk hukukunda üç şartın varlığı hâlinde hapis cezasına mahkûm olan kişinin cezası ömür boyu infaz edilecektir²². İlk şart suça ilişkindir. Hükümlünün TCK'nın "Devlete ve Millete Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kitap dördüncü kısmının; dört, beş ve altıncı bölümünde düzenlenen suçlardan biri ile mahkûm olması gerekmektedir. Bu bölümlerde esas itibariyle korunan hukuki değer; devletin varlığı ve bütünlüğü, anayasal düzeni ve milli savunmasının olduğu suç tiplerine yer verilmiştir. Bu suçların çoğu, aynı zamanda TMK m. 3 uyarınca mutlak terör suçu niteliğindedir. İkinci şart, suçun işleniş biçimine ilişkindir. Buna göre sözü edilen suçların mutlaka bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi gerekmektedir. Bu suçları işlemek amacıyla kurulan örgütler TCK m. 314'te düzenlenen "silahlı örgüt" ile TMK m. 7/1'de düzenlenen "terör örgütü"dür. Suçun bu örgütler kapsamında işlenmesi gerekmektedir. Son şart ise kişinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olmasıdır. Bu üç şartın varlığı hâlinde hükümlü koşullu salıverilmeden yararlanamayacak ve cezası ömrü boyunca infaz edilecektir.

AİHM, Öcalan/Türkiye (2) nolu kararında²³, ölüm cezasından çevrilen müebbet hapis cezasının, mahkûma koşullu salıverilme imkânı verilmeksizin ömür boyu infaz edilmesini öngören yasa düzenlemesini AİHS'in 3'üncü maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele ya-

²¹ Ayrıca bu durum failin ruh sağlığına da olumsuz etki yapacaktır. DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 535.

²² YENİDÜNYA/ İÇER, s. 134; TOROSLU, s. 430; ÖZGENÇ/ ŞAHİN, s. 122; DÖNMEZER/ ERMAN, s. 300; MACİT, s. 405.

²³ AİHM, Öcalan/Türkiye (2), 18.03.2014, Başvuru No. 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, E.T. 10.11.2021.

sağına aykırı bulmuştur²⁴. Bu karara göre; CGTİK m. 107/16'daki düzenlemenin de AİHM nezdinde işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eder nitelikte olduğu sonucu çıkarılabilecektir. Ancak önemle belirtilmelidir ki AİHM'in söz konusu kararında, müebbet hapis cezası mahkûmunun bir gün mutlaka ceza infaz kurumundan tahliye edilmesine ilişkin hükümlere (umut hakkı) yasalarda yer verilmemesi değil, mahkûmunun ıslah olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmenin hiçbir zaman yapılmayacak olması ve mahkûmun da bunu talep etme imkânının bulunmaması ihlal sebebi sayılmıştır. Dolayısıyla, belirli periyodik aralıklarla mahkûmun ıslah olup olmadığının gözden geçirilmesi, eğer ıslah olmadı ise cezasının infazına devam edilmesi işkence ve kötü muamele yasağını ihlal etmeyecektir. Bu husus CGTİK m. 107/16 hakkında da geçerlidir²⁵.

C. İnfazın Ertelenmesi

Cezanın infazının ertelenmesi, belirli koşulların varlığı hâlinde ve hükümlünün yeniden topluma kazandırılmasını temin etmek amacıyla, hapis cezasının infazına ara verilmesi sonucunu doğuran bir ceza infaz hukuku müessesesidir.²⁶ İnfazın ertelenmesi müessesesine hapis cezasının infazına başlanmadan başvurulabileceği gibi infaz sırasında da başvurulabilir.

Cezanın infazının ertelenmesi sebeplerine CGTİK m. 17'de yer verilmiştir. Kanun koyucunun, cezanın infazından daha ağır sonuçlar doğuracak olması sebebiyle infazının ertelenmesini mümkün kıldığı²⁷ bu

²⁴ SANIVAR, Ramadan, Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şartlı Tahliye) Kurumu, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 629-630; ÖNCÜ, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 115, 2014, s. 27-29.

²⁵ AİHM'in benzer yönde kararları için bkz. Kafkaris/Kıbrıs, 12.2.2008, Vinter ve diğeri/Birleşik Krallık, 9.7.2013, Bu kararların değerlendirmesi için bkz. ÖNCÜ, s. 17-29; Doktrinde *Dönmezer/Erman* AİHM içtihadını göz önünde bulundurarak, CGTİK m. 107/16'nın, mahkûmun koşullu salıverilmeyi umut etme hakkına yer vererek düzenlenmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. DÖNMEZER/ ERMAN, s. 300. Aynı doğrultuda başka bir görüş için bkz. SANIVAR, s. 630.

²⁶ KARTAL, Pınar Memiş, "Cezanın İnfazının Ertelenmesi Sebeplerinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Suç ve Ceza Dergisi, C. 14, S. 1, Y. 2021, s. 5; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2016, s. 445.

²⁷ KARTAL, s. 12.

sebepler; hükümlünün isteği²⁸, hükümlünün yükseköğrenimini bitirebilmesi, hükümlünün bazı yakın akrabalarının ölümü veya sürekli hastalığı sebebiyle ailenin ticari faaliyetleri veya tarım topraklarının işlenmesinin sağlanması, hükümlünün eş veya çocuklarının hastalıkları sebebiyle bakıma muhtaç hâle gelmeleri ve hükümlünün sürekli tedavi gerektiren bir hastalığının bulunmasıdır. Bu müessesenin uygulanabilmesi için mahkûm olunan hapis cezasının kasıtlı suçlarda üç yıl, taksirli suçlarda ise beş yıl veya daha az olması gerekmektedir. Erteleme kararı, Cumhuriyet başsavcılığı ya da bu sebeplerin yargılama sırasında tespiti hâlinde ilk derece mahkemesi tarafından bir yılı aşmayan sürelerle en fazla iki defa verilecektir.

CGTİK m. 17/6'da bazı suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında infazın ertelenmesi müessesesinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu kişiler arasında terör suçları ile örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan mahkûm olanlar ve hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilenler de bulunmaktadır²⁹. Bu ayrıksı düzenleme, hükmün ilk hâlinde bulunmayıp sonradan eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin, infazın ertelenmesi müessesesinden yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Bu sonuç için örgütün terör örgütü olması ya da örgüte mensup olan kişinin örgütün faaliyeti kapsamında işlenen bir suça iştirak edip etmemesi de önem arz etmemektedir. Zira bu düzenleme, hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilen kişilerin de bu müesseseden yararlanamayacağını hükme bağlamıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, TCK m. 58/9 uyarınca, örgüt mensubu suçlular hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilecektir. Örgüt mensubu suçlu kavramına ise, örgüte üye olmayıp yardım edenler haricindeki diğer kişiler girmektedir. Ancak yardım edilen örgütün, TCK m. 314'te düzenlenen silahlı örgüt olması sebebiyle hakkında TMK hükümleri uygulanacak kişilerin de bu kurumdan yararlanma imkânı bulunmamaktadır.

²⁸ Hapis cezasının infazının talep üzerine ertelenmesinde herhangi bir sebep sınırlanması söz konusu değildir. ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 68.

²⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 446; YENİDÜNYA/İÇER, s. 130; Hükümde ayrıca, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar ile disiplin veya tazyik hapsine mahkûm olanların da infazın ertelenmesi müessesesinden yararlanamayacakları düzenlenmiş olup, konumuz itibarıyla bu kişilerin durumu incelenmeyecektir.

Bu ayrıksı düzenlemenin Anayasa'ya, özellikle de hukuk devleti ile eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde somut norm denetimi ya da soyut norm denetimi yolu ile açılmış bir iptal davası tespit edilememiştir. Ancak örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler bakımından yaratılan bu ayrıksı sonucun, sözü edilen bağlamda incelenmesi gerekmektedir³⁰. Örneğin; hırsızlık suçundan mahkûm olan ve sürekli tedavi gerektiren bir hastalığı bulunan kişinin hapis cezasının infazının ertelenmesi mümkün iken, aynı suçu bir örgütün faaliyeti kapsamına işleyen kişinin cezasının infazının ertelenmesi, söz konusu düzenleme uyarınca mümkün değildir. Bu durumun eşitlik ilkesine uygunluğunu savunmak oldukça güçtür. Nitekim önemle belirtmek gerekir ki, bu müesseseden yararlanmasına engel getirilen kişilerin mensup oldukları örgütün TCK m. 314 kapsamında olan bir silahlı örgüt veya TMK m. 7/1 kapsamında bir terör örgütü olmasına da gerek bulunmamaktadır. Buna göre bir suçu örgütün faaliyeti kapsamında işlediği için, aynı suçu örgüt iradesinden bağımsız şekilde işleyen kişinin yararlandığı ve ancak zorunlu bazı durumların varlığı hâlinde uygulanabilen bir müesseseden, örgüt mensubu suçlunun yararlandırılmaması hakkaniyet ilkesiyle de bağdaşmaz.

Bu kurumun, hükümlünün topluma yeniden kazandırılması amacına da hizmet ettiği göz önünde bulundurulduğunda, etkin pişmanlıktan yararlanıp hakkında TCK m. 221/4 uyarınca indirimli ceza verilen mahkûmun bu müesseseden neden yararlandırılmadığı da anlaşılama-maktadır. Zira söz konusu kişiler, yargılama aşamasında pişmanlık göstererek legaliteye dönme yolunda adım atmaktadır³¹. İnfaz hukukunun ana ilkeleri bağlamında bu kişilerin topluma yeniden kazandırılmaları büyük önem arz etmektedir. Bu hüküm işletilerek etkin pişmanlıktan yararlanan örgüt mensubu suçlunun, örneğin yarım kalan yükseköğrenimine devam etmesi imkânı sağlanarak topluma yeniden kazandırılması kolaylaştırılabilir. Böyle bir uygulamanın etkin pişmanlık kurumundan beklenen verimi artıracığı da kuşkusuzdur.

³⁰ Cezanın infazının ertelenmesi müessesesi sağlık hakkı başta olmak üzere; özel hayatın gizliliği, aile hayatı ve eğitim hakkı gibi haklarla da yakından ilgilidir. Bkz. KARTAL, s. 21.

³¹ SARITAŞ, Erkan, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 439; TOZMAN, Önder, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 414-415; KAVLAK, Cihan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 425-453.

D. Örgütlü Suçlardan Mahkûm Olanların Cezalarının İnfaz Edileceği Yer

Tehlikeli suçlu olarak görülenler hakkında hükmedilen hapis cezalarının infazının diğer mahkûmlardan farklı yerlerde yerine getirildiğine sıklıkla rastlanılmaktadır. Türk ceza infaz sisteminde örgütlü suçlardan hapis cezasına mahkûm olan kişilerin cezalarının hangi tip infaz kurumunda yerine getirileceğine, CGTİK m. 9'da yer verilmiştir. Buna göre; süresine bakılmaksızın suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek veya bu örgütün faaliyeti çerçevesinde, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; insanlığa karşı suçlardan, kasten öldürme suçlarından, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan, devletin güvenliğine karşı suçlar ile anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan mahkûm olanların cezaları yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında yerine getirilecektir. Bu maddede sayılanların kapsamına girmeyen; örneğin örgüte üye olma, örgüt adına yukarıda sayılanlar haricinde bir suç işleme, örgüte yardım etme veya örgütün propagandasını yapma suçlarını işleyen kişilerin cezaları normal usulde infaz edilecektir³².

"F tipi cezaevi" olarak ifade edilen yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarının³³; daha az mahkûm barındırması, meslek edindirme konusunda daha başarılı olacak imkânlarla sahip olması ve örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin diğer örgüt mensuplarından baskı görme ihtimalinin bu kurumlarda az olması gibi avantajlı yönleri olduğu gibi infaz kurumunun niteliği ile bu kurumlarda barındırılanlara uygulanan infaz yöntemlerinin yoğunlaştığı durumlarda bu infaz kurumunun bazı mahkûmlar bakımından deyim yerindeyse tecrite dönüşme sakıncasının bulunması gibi dezavantajlı yönleri de bulunmaktadır³⁴. Örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin cezalarının bu kurumlarda infaz edilmesi

³² Bunun yanında Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Hakkında Tüzük m. 11/6'ya göre; etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan hükümlüler, ceza süresine bakılmaksızın, Adalet Bakanlığı'nın onayı ile diğer kurumlarda barındırılabilir. Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan örgütlü suç mahkûmlarının yeniden topluma kazandırılması noktasında ilgili düzenlemenin oldukça isabetli olduğu belirtilmelidir.

³³ Tek ve üç kişilik oda esaslarına göre dizayn edilen D tipi ceza infaz kurumlarının da yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumu olarak inşa edilmesi mümkündür. Türkiye'de halihazırda biri yüksek güvenlikli olmak üzere iki adet D tipi kapalı ceza infaz kurumu bulunmaktadır. Bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Home/haritaliste>, E.T. 11.11.2021.

³⁴ DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 60.

durumunda, kurumun avantajlı ve dezavantajlı yönleri bakımından bir dengenin sağlanması, hapis cezasının tecrite dönüştürülmesi yerine mahkûmun ıslah edilip topluma yeniden kazandırılmasını sağlamak bakımından hayati önem taşımaktadır.

E. Özel İnfaz Usulleri

CGTİK'da mahkûmların ıslah edilip yeniden topluma kazandırılmalarını kolaylaştıracak bazı özel infaz usullerine yer verilmiştir. Söz konusu özel infaz usullerinden biri CGTİK m. 110/1'de düzenlenen hafta sonu ve geceleri infaz sistemidir. Buna göre; kasten işlenen suçlardan toplam bir yıl altı ay, taksirle işlenen suçlardan ise toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm edilenlerin cezaları, hükümlünün talebi ve infaz hâkiminin kararı ile hafta sonu veya hafta içi gece saatlerinde infaz edilebilecektir³⁵.

Bir diğer özel infaz usulüne aynı maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, mahkûm olunan suç nedeniyle doğmuş olan zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla; kadın, çocuk veya altmış beş yaşını bitirmiş kişiler hakkında hükmedilen toplam bir yıl, yetmiş yaşını bitirmiş kişiler hakkında hükmedilen toplam iki yıl ve yetmiş beş yaşını bitirmiş kişiler hakkında hükmedilen toplam dört yıl veya daha az hapis cezalarının konutta infaz edilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilecektir.

CGTİK m. 110/9 uyarınca bu özel infaz usullerinin, terör suçları ile örgüt kurma veya yönetme veya örgüte üye olma suçları ile örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar bakımından uygulanması mümkün değildir.

F. Avukatla Görüşme Hakkı

Avukatla görüşme hakkı, hükümlünün en temel haklarından biridir³⁶. Nitekim bu hak, yalnızca hükümlünün hukuki yardım almasını sağlamayıp, cezasının infazı sırasında veya infazından sonra hayatını şekillendirmesine de imkân sağlamaktadır. CGTİK m. 59/5'te örgütlü

³⁵ Hafta sonu infaz, hükümlünün ceza infaz kurumuna cuma günleri saat 19:00'da girmesi ve pazar günü aynı saatte çıkması suretiyle infaz edilir iken; geceleri infaz, mahkûmun hafta sonları hariç her gün saat 19:00'da ceza infaz kurumuna girip ertesi gün saat 07:00'de çıkması suretiyle infaz edilir.

³⁶ ÇAMAK YANPAR, Sultan, "Hükümlünün Avukat İle Görüşme Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 199-200, Y. 2021, s. 799.

suçlar ile TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar bakımından bu hakkın bazı durumlarda sınırlandırılabilmesine yer verilmiştir. Buna göre; toplum veya ceza infaz kurumlarının güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, suç örgütlerinin yönlendirildiğine ve bu örgütlere emir veya talimatlar ile açık ya da şifreli mesajlar ileildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi durumunda, mahkûmun avukatla görüşme hakkı infaz hâkiminin kararı ile üç ay süreliğine sınırlandırılacaktır³⁷. Bu sınırlama, mahkûmun avukatı ile tamamen görüşmesinin engellenmesi suretiyle değil; görüşmelerin teknik cihazlarla kaydedilmesi, görüşmeyi izlemek amacıyla bir görevlinin hazır bulundurulması, hükümlü ve avukatın birbirlerine verdikleri dosyalara ve belgelere el konulması suretiyle yapılacaktır. Bu sınırlamanın Anayasa'ya uygunluğu, aşağıda Anayasa Mahkemesi kararı bağlamında ele alınacaktır.

G. Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma

1. Doğrudan Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma

CGTİK'da hükümlülerin yeniden topluma kazandırılmalarının sağlanması için mahkûm oldukları hapis cezalarının belirli bir kısmını kapalı ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra ya da doğrudan açık ceza infaz kurumuna geçmelerini sağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim açık ceza infaz kurumları; hükümlülerin iyileştirilmeleri, çalıştırılmaları ve meslek edinmelerini sağlamak amacıyla tasarlanan kurumlardır. Ayrıca bu kurumlarda firara karşı engeller ile dış güvenlik görevlileri bulunmamaktadır³⁸. CGTİK m. 14/2'ye göre kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanlar, taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanlar, adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler ve İİK uyarınca tazyik hapsine tutulanların cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumunda çektirilecektir. Ancak aynı hükümde, bazı suçlardan mahkûm olanların bu imkândan yararlanmayacaklarına yer verilmiştir. Bu istisnalar arasında çalışmamızın konusunu ilgilendiren; terör suçları, örgüt kurma veya yönetme, örgüte üye olma ve örgütün faaliyetleri kapsamında suç işleme suçları da bulunmaktadır.

³⁷ YENİDÜNYA/ İÇER, s. 130-131; ÇAMAK YANPAR, s. 804.

³⁸ Bkz. CGTİK m. 14/1.

2. Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan Açık Ceza İnfaz Kurumuna Geçme

Mahkûm oldukları hapis cezasının bir kısmını kapalı ceza infaz kurumlarında geçiren hükümlülerin de açık ceza infaz kurumuna ayrılması mümkündür. Kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna geçişin usul ve esasları, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik'in 10. maddesi ile CGTİK'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bir hükümlünün kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna geçmesi, kurum idare ve gözlem kurulunun vereceği iyi hâl kararına bağlıdır.

Terör suçları ile örgütlü suçlardan mahkûm olan hükümlülerin ise³⁹, koşullu salıverilmelerine bir yıldan daha az bir süre kalmış olması ve Yönetmelik'te belirtilen sürenin kapalı kurumda geçirilmesi hâlinde, kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmaları mümkündür. Ancak bu kişilerin mensubu oldukları örgütten ayrıldıkları, idare ve gözlem kurulunun kararıyla tespit edilmelidir⁴⁰. Aksi takdirde bu mahkûmların açık ceza infaz kurumuna geçiş mümkün olmayacaktır. Ceza infaz kurumunda devletin denetimi ve gözetimi altında olan mahkûmların, mensubu oldukları örgütten ayrılıp ayrılmadığının nasıl tespit edileceği hususu ise belirsizdir⁴¹. Bu belirsizliğin varlığı, idarenin geniş bir takdir yetkisi kullanması suretiyle ilgili kişilerin özgürlüğünün daha fazla kısıtlanması sonucunu doğurma ihtimalinin bulunması sebebiyle oldukça sakıncalıdır.

H. Hükümlülerin Bir Araya Gelme, Telefonla Görüşme ve Radyo, Televizyon Yayınları İle İnternet Olanaklarından Yararlanma Hakkı

Hükümlülerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirmeleri ve aile hayatını sürdürmeleri suretiyle topluma yeniden kazandırılmalarının sağlanması amacıyla; CGTİK m. 63'te ceza infaz kurumunda bir araya gelme, CGTİK m. 66'da telefonla görüşme ve CGTİK m. 67'de radyo,

³⁹ Örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardım edenler ile örgütün propagandasını yapanlar hakkında bu hüküm uygulanmaz. Ancak yardım edilen örgütün TCK m. 314 kapsamında kalan bir silahlı örgüt olması hâlinde, fail terör suçlusu sayılacağından hakkında bu hükmün uygulanması mümkündür.

⁴⁰ Uygulamada bu kararın "samimiyetin tasdiki kararı" şeklinde adlandırıldığına da rastlanılmaktadır. Bkz. ÖZDEMİR, Orhan, "7242 Sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları", Adalet Dergisi, S. 67, Y. 2021, s. 393.

⁴¹ ŞEN/ ERYILDIZ, s. 1048.

televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakları düzenlenmiştir. Ancak Kanun'da, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin söz konusu haklardan yararlanmalarına cezaevi idaresi tarafından sınırlama getirilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre; CGTİK m. 63/3'e göre örgütlü suçlar ile terör suçlarından mahkûm olan kişilerin bir araya gelmeleri ve bağlantı kurmaları, m. 66/1'e göre örgüt mensubu hükümlülerin telefonla görüşme hakları ve m. 67/4'e göre bu kişilerin radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma haklarının kısıtlanabilecektir⁴².

Bu üç durumda örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin, söz konusu haklarının sınırlandırılma sebeplerine Kanun'da yer verilmemiştir. Söz gelimi CGTİK m. 63/3'te yer verilen hükümlülerin bir araya gelme hakkı, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen bireyin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını temin etmeye yönelik bir düzenlemedir. Bireyler her ne kadar örgütlü suçlardan mahkûm olsa ve ceza infaz kurumunda bulunsun da yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Bu hak ancak Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen usule uygun olarak sınırlandırılabilir. Buna göre temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın, kanunla ve ancak Anayasa'nın ilgili maddesinde düzenlenen sebeplere dayanılarak sınırlandırılması mümkündür. Ayrıca bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı gibi ölçülülük ilkesini de ihlal edemez. Söz konusu hükümde hiçbir sebebe yer verilmeksizin, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin bir araya gelmelerine izin verilmeyeceğinin düzenlenmesi ölçülülük ilkesini ihlal edebilir.

CGTİK'da bu hakkın hangi hâllerde sınırlandırılabilirliği ve bu sınırlamanın ne kadar süreceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş, mahkûmların söz konusu hakkının herhangi bir sebebe dayanmaksızın ve süresiz bir şekilde sınırlandırılmasının yolu açılmıştır. Her ne kadar ilgili kısıtlamanın, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin bir araya gelmelerinin ceza infaz kurumu ve toplum güvenliği bakımından tehlike arz etmesi sebebiyle öngörüldüğü ve dolayısıyla sınırlama ile meşru bir amacın güdüldüğü, ayrıca bu kişilerin diğer tüm mahkûmlarla değil de yalnızca kendileri gibi örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerle bir araya gelmelerinin engellenmesi suretiyle ölçülülük ilkesine de riayet

⁴² YENİDÜNYA/ İÇER, s. 131-132.

edildiği savunulabilirse de bu sınırlama sebepleri ve kapsamının Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak kanunda gösterilmesi uygun olacaktır.

Aynı husus telefonla görüşme hakkının düzenlendiği m. 66/1 için de geçerlidir. Söz konusu maddede örgütlü suçlardan mahkûm olan hükümlülerin telefonla görüşme hakkının kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Bu husus da örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına getirilen bir sınırlamadır. Ancak bu sınırlamanın hangi hâllerde yapılacağı ve ne kadar süreceğine ilişkin bir belirlemeye madde düzenlemesinde yer verilmemiştir. Burada önemle belirtilmelidir ki söz konusu sınırlama sebeplerine Yönetmelik'te yer verilmesi, bu sınırlamaları Anayasa'nın 13. maddesine uygun hâle getirmeyecektir⁴³.

Son olarak radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma haklarının, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler bakımından hangi sebebe dayanılarak sınırlandırılabilmesine ilişkin bir düzenlemeye de Kanun'da yer verilmemiştir. Ayrıca bu sınırlamanın en fazla ne kadar süreceği de belirsizdir. Dolayısıyla, burada da Anayasa'nın 13. maddesinin ihlal edilerek, bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ölçsüz bir şekilde sınırlandırıldığı söylenebilir.

I. Hükümlünün Mektup, Faks ve Telgrafları Alma ve Gönderme Hakkı İle Hükümlüyü Ziyaret Hakkı

Yine hükümlülerin topluma yeniden kazandırılmaları ve aile hayatlarının devamının sağlanması amacıyla; CGTİK m. 68'de mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı ile CGTİK m. 83'te hükümlüyü ziyaret hakkı düzenlenmiştir.

CGTİK m. 68/5'te terör suçları ile örgütlü suçlardan mahkûm olan hükümlülerin; kamu düzeninin korunması, toplum ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi sebeple-

⁴³ Nitekim örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin telefonla görüşme haklarının hangi hâllerde sınırlandırılabilmesine, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Hakkında Yönetmelik m. 74/2-i'de yer verilmiştir. Yönetmelik, yalnızca terör örgütü ile silahlı örgütlerin yöneticileri bakımından bir sınırlama öngörmüş iken bu sıfatı taşımayan mahkûmların telefonla konuşma haklarının sınırlandırılmasına ilişkin bir belirlemeye yer vermemiştir. Bu düzenleme ile her ne kadar Kanun ile öngörülen sınırlama alanı daraltılsa da sınırlama sebepleri ve kapsamına yönetmelikte yer verilmesi Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

riyle, mektup, faks ve telgraf alma ve gönderme hakkının kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Bu sınırlama, hükümlülerin mektup, faks ve telgraf alma ve gönderme hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde değil, kendilerine gelen veya kendilerinin göndermiş olduğu mektup, faks ve telgrafları dijital olarak kaydetme veya fiziki olarak saklama şeklinde olacaktır. İlgili hükümde ayrıca; kayıtların amacı dışında kullanılmayacağı, kanunda belirtilenler haricinde hiçbir kurum veya kuruluşla paylaşılmayacağı, bu verilerin herhangi bir soruşturma veya kovuşturmayla konu edilmemiş ise en geç bir sene sonunda silinip imha edileceğine yer verilmiştir⁴⁴.

CGTİK m. 83/4'te ise örgütlü suçlardan mahkûm olan hükümlülerin ziyaret hakkına; kamu düzeninin korunması, kişi, toplum ve infaz kurumunun güvenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlanma getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu sınırlama da ilgili hakkın tamamen ortadan kaldırılması suretiyle değil, görüşmelerin dinlenmesi ve elektronik cihazlarla kaydedilmesi şeklinde yerine getirilecektir. Hükümde ayrıca kayıtların, amacı dışında kullanılmayacağı, kanunda belirtilen durumlar haricinde hiçbir kurum veya kişi ile payla-

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuru kararında, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 10/10/2016 tarihli Genelge ile tüm hükümlü ve tutukluların resmî makamlara veya savunması için avukatına verdiği kapalı zarf içindeki mektup ve fakslar hariç olmak üzere tüm faks ve yazışmaların taranmak suretiyle UYAP'a kaydedilmesi gerektiğine ilişkin ülke genelindeki ceza infaz kurumlarına gönderilen talimatta; tutuklu ve hükümlülerin özel hayatlarına dair konular ile kişisel verileri kapsamında kalan bilgilerin de kayıt altına alınacağına öngörülmesini, ayrıca tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarının ne kadar süreyle sistemde tutulacağı, bunların üçüncü kişilerin erişimine hangi koşulların varlığı hâlinde açılacağı, ceza infaz kurumu tarafından hangi mercilerle paylaşılacağı ve kişisel veriler ile özel hayatın gizliliğinin nasıl korunacağı hususunda açık bir düzenlemenin bulunmamasını göz önünde bulundurarak, ilgili Genelge uyarınca terör örgütüne üye olma suçundan tutuklu bulunan bir mahpusun yazışmalarının UYAP'a aktarılmasını, Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde güvence altına alınan mahremiyetin ve kişisel verilerin korunmasını isteme bağlamında özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarının UYAP'a aktarılmasına imkân sağlayan kanuni düzenlemelerin bulunmasına rağmen, ne ilgili kanuni düzenlemelerde ne de kanuni düzenlemelere dayanılarak çıkarılan diğer mevzuatta yukarıda belirtilen sakıncaların giderilmesine yönelik güvence sağlayan hükümler bulunmamaktadır. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Ümit Karaduman Başvurusu (No: 2020/20874), T. 02.02.2022, R.G. 07.04.2022, S. 31802, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 21.04.2022.

şılamayacağı, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmaya konu edilmiş ise en geç bir sene sonunda silineceğine yer verilmiştir.

Bu iki hakkın hangi durumlarda sınırlandırılabilirliği, sınırlamanın ne kadar süreceği ve sınırlama ortadan kalktıktan sonra kayıt altına alınan mektup, faks, telgraf ve konuşmaların akıbetine Kanun'da yer verildiği için, söz konusu sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesine uygun olduğu söylenebilir.

İ. Tek Tip Kıyafet (Tulum) Giyme Mecburiyeti

20.11.2017 tarihli ve 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1.2.2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun ile kanunlaştırılmasından sonra, Türk hukukunda, bazı suçlardan tutuklu veya hükümlü bulunan kişilerin ceza infaz kurumu dışına çıkarılmaları halinde tek tip kıyafet giymelerini zorunlu kılan bir düzenleme ihdas edilmiştir. CGTİK Ek m. 1'de yer verilen ilgili düzenleme, TMK kapsamına giren suçlardan tutuklu veya hükümlü bulunan kişilerin duruşmaya sevk amacıyla ceza infaz kurumunun dışına çıkarılmaları durumunda, söz konusu kişilere ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giyme zorunluluğu yüklemektedir. Kanun'da ayrıca bu kişilerin giymek mecburiyetinde olduğu kıyafetlerin (tulum) özellikleri belirtilmiş, bu mecburiyetin çocuk ve hamile kadınlar hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Her ne suçtan olursa olsun tutuklu bulunan kimselere, duruşmaya sevk amacıyla ceza infaz kurumu dışına çıkarılmaları durumunda tek tip kıyafet giyilmesini zorunlu kılan bu düzenlemenin, Anayasanın 38. maddesi ile güvence altına alınan masumiyet karinesini ihlal ettiği belirtilmelidir. Zira bir kişinin hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmadan tek tip kıyafet giydirilerek deyim yerinde ise damgalanması masumiyet karinesi ile bağdaşmaz. CGTİK Ek m. 1 ile getirilen bu uygulama, Kanun'da çıkarılması öngörülen yönetmelik henüz çıkarılmadığı için işletilmemektedir. Söz konusu yönetmeliğinin çıkarılması ihtimalinde dahi, giyilmesi mecburi olan kıyafetleri giymediği için bir tutuklu veya hükümlünün savunma hakkının kısıtlanması gibi sonuçların yönetmelikle öngörülmesinin, Anayasa'nın 13 ila 38. maddelerini ihlal edeceği kuşkusuzdur.

J. 7242 sayılı Kanun İle Getirilen Bazı Geçici Düzenlemeler

14.10.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun ile CGTİK'a bazı geçici hükümler eklenmiştir. Burada söz konusu hükümlerin hepsine yer verilmeyip yalnızca örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında geçerli

olan ayrıksı düzenlemelere değinmekle yetinilecek, aşağıda bu düzenlemelerin “özel af” niteliğinde olup olmadığı ve Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılığı meselesi Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ele alınacaktır.

Söz konusu geçici düzenlemelerden olan CGTİK Geçici m. 6/1; 30/3/2020 tarihine kadar işlediği suçlardan mahkûm olan kişilerin cezalarının denetimli serbestlik tedbiri kapsamında infaz edilebilmesi için CGTİK m. 105/A’da aranan, hükümlülerin koşullu salıverilmelerine bir yıl veya daha az kalmış olması kuralını, koşullu salıverilmelerine üç yıl veya daha az kalmış olması şeklinde değiştirmiş, ancak TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olanları hükmün kapsamı dışında bırakarak ayrıksı bir durum yaratmıştır. CGTİK Geçici m. 6/2 ise 30/3/2020 tarihine kadar işlediği suçlardan mahkûm olan, sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan hükümlüler ile yetmiş beş yaşını bitirmiş hükümlülerin denetimli serbestlikten yararlanmaları için koşullu salıverilmelerine dört yıl kalmış olması şartını iki yıla düşürmüştür. Bu düzenleme ile ayrıca, altmış beş yaşını bitiren ve yaşamını tek başına idame ettiremeyecek mahkûmların koşullu salıverilmeden yararlanabilmeleri için ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken sürenin denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infaz edilmesini öngören bir değişikliğe yer verilmiştir. TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olan kişiler bu geçici düzenlemenin de kapsamı dışında bırakmıştır.

CGTİK Geçici m. 9/1 ile 30/3/2020 tarihine kadar işlenen fiiller nedeniyle mahkûmlar hakkında verilen disiplin cezası ve tedbirlerinin kanundaki diğer şartlar aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hâl kararı üzerine kaldırılacağı düzenlenmiştir. TCK m. 220 ile TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olan kişiler bu düzenlemelerin kapsamı dışında tutulmuştur. Son olarak aynı maddenin 6. fıkrası ile de kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna geçişi kolaylaştıran bir düzenlemeye yer verilmiş ancak TMK kapsamına giren suçlar ile örgütün faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olan kişiler bu düzenlemenin kapsamı dışında tutulmuştur.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ÖRGÜTLÜ SUÇLARDAN MAHKÛM OLAN KİŞİLER HAKKINDA ÖNGÖRÜLEN AYRIKSI İNFAZ DÜZENLEMELERİ İLE BAZI HÜKÜMLÜ HAKLARININ BU KİŞİLER HAKKINDA KISITLAMALARA TABİ TUTULMASININ ANAYASAYA UYGUNLULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında infaz hukuku müesseselerinin farklı ve ağır şekilde uygulanıp uygulanamayacağı Anayasa Mahkemesi kararlarına da sıklıkla konu olmuştur. Yüksek Mahkeme'ye yapılan başvurular, genelde bu kimseler hakkında ağır koşullu salıverilme süreleri öngören kanuni düzenlemelere ilişkin olmuştur. Burada Anayasa Mahkemesi'nin, örgütlü suçlar başta olmak üzere bazı suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında infaz hukuku kurallarının farklı ve ağır şekilde uygulanıp uygulanmayacağına yönelik belirlemeleri, örnek kararlar ışığında analiz edilecektir. Bu analiz yapılırken, yalnızca örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında sevk edilen ayrıksı kanuni düzenlemelerin incelendiği Anayasa Mahkemesi kararlarından değil, genel infaz hukuku kurallarından farklı hükümlerin öngörülmediği ve çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili olmayan diğer durumlara ilişkin kanuni düzenlemelerin ele alındığı Anayasa Mahkemesi kararlarından da yararlanılacaktır.

TMK yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra, bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olan kişilerin koşullu salıverilmeden yararlanmaları için ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken süreyi diğer suçlara nazaran daha fazla olarak belirleyen Kanun'un 17. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmıştır⁴⁵. Kanun'un ilgili hükmü; bu Kanun kapsamına giren suçlardan ölüm cezasına mahkûm edilip Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından cezanın yerine getirilmemesine karar verilenlerin 36 yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm olanların 30 yıllarını, süreli hapis cezasına mahkûm olanların ise cezalarının dörtte üçünü ceza infaz kurumlarında iyi hâlli olarak geçirmeleri durumunda koşullu salıverilmeden yararlanabileceklerini düzenlemekteydi. Yüksek Mahkeme nezdinde açılan davada TMK'nın 17. maddesinin; koşullu salıverilme kurumunun mahiyeti ile bağdaşmadığı, tümüyle "fail" yerine "fiil"i esas aldığı, dolayısıyla terör suçları için kanunda öngörülen ağır cezalara ek

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 31.03.1992, E. 1991/18, K. 1992/20, R.G. 27.01.1993, S. 21478, <https://www.anayasa.gov.tr/>, E.T. 14.11.2021.

yeni cezalar getirdiği ileri sürülmüş, bu gerekçelerle hükmün Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 10. maddedeki eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptali talep edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 10. maddedeki "eşitlik" ilkesine aykırı olmadığına oy çokluğu ile hükmetmiştir. Mahkemeye göre; koşullu salıverilme kurumundan yararlanma süreleri, kimlerin bu kurumdan yararlanıp yararlanamayacakları ya da ne şekilde yararlanabilecekleri gibi hususların belirlenmesinde, toplumsal gereksinimlerine göre yasa koyucunun genel kurallardan farklılık arz eden düzenlemeler öngörme noktasında takdir yetkisi bulunmaktadır. Yine Mahkeme'ye göre, nasıl farklı suçlar bakımından farklı yaptırımlar öngörülebiliyorsa, koşullu salıverilme kurumu bakımından da bazı suçlar için ayrıksı kurallar öngörülmesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, toplumun huzuru ve suçların önlenmesi bakımından TMK kapsamına giren suçları işleyen kişilerin, cezalarının daha uzun bir kısmını infaz kurumunda çektikten sonra tahliye edilmelerini yararlı bulmuştur. Yüksek Mahkeme bu kararda ayrıca, geçmişte de bu nitelikte ayrımların yapılabileceğine ilişkin kararlar verdiğiine hatırlatmada bulunmuştur⁴⁶.

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi bu kararda, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler için öngörülen farklı ve uzun koşullu salıverilme sürelerini Anayasa'ya uygun bulmuş, kanun koyucunun, infaz hukuku müesseselerinin uygulanması bakımından da ceza hukukunda olduğu gibi bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Anayasa

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi üyelerinden Selçuk TÜZÜN, ilgili hükmün "hukuk devleti" ilkesi ile "eşitlik" ilkesine aykırı olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne şu gerekçelerle katılmamıştır: "Suçun türü ve işleniş biçimi, suçlunun kişiliğine ait kimi özellikleri yansıtır. Ancak şartla salıverilme açısından suç türüne bağlı sınıflandırma yapılmaması gerekir. Şartla salıverilmeden yararlanabilmek için çekilmesi gerekli ceza süresini suç türüne göre farklı miktarlarda belirlemek, şartla salıverilme kurumundan beklenen amaçla çatıştır. Kimseye dolaylı da olsa suçun işlendiği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kuralın işlenecek suçlara uygulanacak olması niteliği değiştirmez. Ceza ve infaz ayrı nitelikte olup farklı kurallara bağlıdır." Görüldüğü üzere karara karşı oy veren Anayasa Mahkemesi üyesi Selçuk TÜZÜN bu görüşünün gerekçesini, koşullu salıverilme kurumunun bir infaz hukuku müessesesi olduğu ve infaz hukukunda fiilin değil failin merkezde olduğu noktasına dayandırmış, bir infaz müessesesi bakımından işlenen fiilin niteliğine bakılarak failerin ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken süreleri uzatan düzenlemeyi hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bulmuştur.

Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihadını aynı yıllarda verilen birçok kararında sürdürdüğü görülmektedir⁴⁷.

Öte yandan, Mahkeme'nin aynı yıllarda vermiş olduğu tam aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Mahkeme bu kararlarında; kanun koyucunun infaz hukuku alanında sahip olduğu takdir yetkisinin ceza hukukundakine göre daha dar olduğunu, infaz hukukunun suç değil suçlu merkezli olduğunu, işlenen suçun farklılığının ve haksızlık içeriğinin infaz hukuku müesseselerinde ayırma gidilmesinde haklı bir neden teşkil etmeyeceğini, bu sebeple infaz müesseselerinin tatbikinde suç türüne göre bir farklılaştırmaya gidilemeyeceğini, aksi durumun eşitlik ve adalet ilkesine aykırı olacağını vurgulamıştır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 19.7.1991 tarihinde vermiş olduğu kararında⁴⁸, TMK kapsamına giren bazı suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında koşullu salıverilme müessesesinin uygulanması noktasında aleyhe hükümler sevk eden Kanun'un geçici 4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinin, Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olan herkese uygulanmayıp yalnızca Kanun'da belirtilen sınırlı sayıda suçtan mahkûm olanlara uygulanacak olması iptal talebine konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını incelerken öncelikle, bu hükümlerin af kanunu niteliğinde olmadığını tespit etmiş, eşitlik ilkesinin herkese her yönden aynı kuralların uygulanması anlamına gelmediğini ve Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen ilkenin mutlak anlamda eşitliği düzenlemediğini, haklı sebeplerin varlığı hâlinde farklı uygulamalara izin verdiğini vurgulamıştır. Mahkeme daha sonra cezanın infazının işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılmasını amaçladığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu amaç doğrultusunda, hükümlülere uygulanan infaz müesseselerinin işlenen suça göre değil hükümlünün kişisel özelliklerine ve cezanın infazı sırasındaki tutumlarına göre farklılık arz etmesi gerekmektedir. Bu sebeplerle, infaz yönünden aynı durumda bulunan hükümlülere işledikleri suçlar göz önünde bulundurularak,

⁴⁷ Bu yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 25.12.1991, E. 1991/49, K.1991/54, T. 31.03.1992, E.1992/2, K.1992/22, T. 22. 12. 1991, E. 1992/42, K. 1992/53, T. 31.03.1992, E. 1991/18, K. 1992/20, T. 19.07.1990, E. 1989/35, K. 1990/22, T. 25.12.1991, E. 1991/49, K. 1991/54, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/>.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 19.07.1991, E. 1991/15, K. 1991/22, RG. 31.07.1991, S. 20946, <https://www.anayasa.gov.tr/>, E.T. 11.11.2021.

farklı koşullu salıverilme sürelerinin uygulanacak olması eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı aynı yıllarda verilen diğer bazı kararlarda da tekrarlanmaktadır⁴⁹.

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi'nin 1990'lı yıllarda verdiği kararlarında, özellikle koşullu salıverilme müessesesi gibi bazı infaz hukuku kurallarının, mahkûm olunan suçun niteliğine göre farklı ve ağır şekilde uygulanmasını öngören kanun düzenlemelerinin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı hususundaki belirlemeleri herhangi bir istikrar taşımamaktadır. Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında infaz hukuku kurallarının uygulanması hususunda işlenen suça göre ayırım yapılamayacağını, infaz hukukunun fiil değil fail merkezli olduğunu belirtirken; diğer bazı kararlarında ise tam aksi yönde belirlemeler yaparak, ceza hukuku alanında olduğu gibi infaz hukuku sahasında da kanun koyucunun toplumsal gereksinimlerin göz önünde bulundurulduğu bir takdir yetkisinin olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme'nin bu çelişkili içtihadının 2010'lu yıllara kadar devam ettiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin örgütlü suçlar gibi bazı suçlardan mahkûm olan kişilere uygulanacak infaz hukuku müesseselerinin, diğer suçlardan mahkûm olan kişilere nazaran farklı ve daha ağır şekilde tatbik edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı yönündeki belirlemelerinin, 2010'lu yıllardan itibaren verilen kararlar ile beraber bir istikrar kazandığı söylenebilir. Mahkeme bu yıllardan itibaren verdiği kararlarında infaz hukuku alanında da ceza hukukunda olduğu gibi kanun koyucunun takdir yetkisinin olduğunu belirtmiş, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik gibi infaz hukuku müesseselerinin bazı suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında daha sıkı uygulanma koşullarına tabi tutulabileceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin 2010'lu yıllardan itibaren şekillenen söz konusu içtihadının günümüze kadar sürdürüldüğü görülmektedir. Şimdi Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı birkaç karar özelinde analiz edilecektir.

Konuya ilişkin bir kararda adli para cezalarından çevrilen hapis cezalarının ertelenemeyeceği ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin CGTİK m. 106/9 hükmünün

⁴⁹ Bu yönde bazı kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 31.3.1992, E.1992/1, K.1992/2, T. 21.10.1992, E.1992/43, K.1992/49, 21/10/1992, <https://www.anayasa.gov.tr/>, E.T. 14.11.2021.

eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir⁵⁰. İptal talebinde, doğrudan hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanmalarının mümkün kılınmasına rağmen, adli para cezası hapis cezasına çevrilen mahkûmların koşullu salıverilme müessesesinden yararlanamamalarının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal davasında; Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesiyle eylemli değil ve fakat hukuksal eşitliğin öngörüldüğünü, durum ve konumlarındaki özellikler göz önünde bulundurularak kimi kişi ya da topluluklar için değişik infaz hukuku kurallarının uygulanmasının kanun koyucunun takdirinde olduğunu belirterek söz konusu iptal talebini reddetmiştir⁵¹.

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir başka ve güncel kararı, yukarıda açıklanan ve şu anda geçerli olan koşullu salıverilme hükümleri ile ilgilidir⁵². 7242 sayılı Kanun ile CGTİK ve TMK'da kalıcı düzenlemeler de yapılmıştır. Bunlardan ikisi; CGTİK m.107/2'nin son cümlesine eklenen ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme ile örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olan kişiler ile TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocukların koşullu salıverilmeden yararlanabilmeleri için ceza infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirmeleri gereken süreyi hapis cezasının üçte ikisi olarak belirleyen düzenleme ile TMK m. 17/1'in ikinci cümlesine eklenen ve TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olan kişilerin koşullu salıvermeden yararlanmaları için ceza infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirmeleri gereken süreyi hapis cezasının dörtte üçü olarak belirleyen düzenlemelerdir. Bu iki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir. İptal gerekçesinde esas olarak, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin koşullu salıverilmeden yararlanmayı kolaylaştıran hükümlerden istisna tutularak bunlar hakkında uzun koşullu salıverilme sürelerinin öngörülmesinin meşru ve haklı bir nedene dayanmadığı, bu durumun Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile 2. maddedeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, infaz hukuku müesseseler-

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, T. 15.5.2010, E. 2009/15, K. 2010/64, RG. 05.02.2011, S. 27837, <https://www.anayasa.gov.tr/>, E.T. 15.11.2021.

⁵¹ Yüksek Mahkeme'nin bu yıllarda verdiği benzer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 17.3. 2011, E.2010/3, K.2011/53, T. 4.7.2013, E.2012/100, K.2013/84, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/>, E.T. 14.11.2021.

⁵² Anayasa Mahkemesi, T. 14.7.2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R.G. 20.10.2021, S. 31634, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/>, E.T. 14.11.2021.

rinin fiil değil fail merkezli olarak tatbik edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararında; hangi fiillerin suç teşkil edeceği, bu suçlar karşılığında öngörülen yaptırımların ne olacağı ve bu yaptırımların türünün ve miktarının belirlenmesi hususunda ülkenin sosyal durumu, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereklilikleri gibi kıstaslar bağlamında devletin suç ve ceza politikasına bağlı bir takdir alanının olduğunu vurgulamakla birlikte, aynı hususun bu cezaların infazına ilişkin yasal düzenlemeler bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, devletin infaz hukuku alanında da yukarıda sayılan sebepler uyarınca takdir yetkisi bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme bu kararında söz konusu suçlar bakımından farklı koşullu salıverilme sürelerinin; ilgili suçların topluma yönelik olması, ağır ve tehlikeli olması, bu suçların unsurları, nitelikleri ve hukuki konuları ile hukuki konularının toplumsal hayat bakımından arz ettiği önem göz önünde bulundurularak caydırıcılığın artırılması amacıyla getirildiğini, dolayısıyla da sınırlama amacının meşru ve makul bir amaca dayandığını da teyit etmiştir. Son olarak Yüksek Mahkeme; ilgili suçlardan mahkûm olan kişilerin koşullu salıverilme imkânlarından yararlanmaları noktasında ölçsüz bir sınırlama getirilmediğini de vurgulayarak, söz konusu düzenlemelerin Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile 10. maddede düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olmadığına oybirliği ile hükmetmiştir.

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi'nin son on yılda verdiği konuya ilişkin kararların belirli bir istikrar kazandığı söylenebilir. Mahkeme'ye göre kanun koyucunun, suç teşkil eden fiillerin, bu fiiller karşılığında öngörülen yaptırımların türünün ve miktarının belirlenmesi hususlarında toplumun gereksinimlerine göre nasıl takdir yetkisi bulunmakta ise aynı husus infaz hukuku müesseselerinin uygulanması noktasında da geçerlidir. Yüksek Mahkeme, kanun koyucunun örgütlü suçlar gibi, toplum güvenliğini ciddi şekilde tehdit eden suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında, hükmedilen cezaların caydırıcılığının artırılması amacıyla daha ağır infaz kurallarının öngörülebileceğini belirtmektedir.

Yüksek Mahkeme yukarıda bahsedilen kararında, 7242 sayılı Kanun ile CGTİK'a eklenen, denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmak için hükümlünün koşullu salıverilmesine bir yıl kalması gerektiğine ilişkin hükmü 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından üç yıl

olarak değiştiren ve TMK kapsamında giren suçlardan mahkûm olanların bu düzenlemeden yararlanamayacaklarını düzenleyen Geçici m. 6/1 ile 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan mahkûm olanların kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna geçişi kolaylaştıran ve yine TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olanları kapsamına almayan Geçici m. 9/6'nın da Anayasa'ya aykırı olmadığına aynı gerekçeyle hükmetmiştir. Mahkeme burada da TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların toplum güvenliği bakımından arz ettiği tehlikeyi göz önünde bulundurarak, haklarında hükmedilen cezanın caydırıcılığının sağlanması amacıyla söz konusu düzenlemelerin sevk edildiğini, dolayısıyla TMK kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların ilgili hükümlerden yararlanamamalarının meşru bir sebebe dayandığını belirtmiştir.

7242 sayılı Kanun her ne kadar “infaz düzenlemesi” adı altında yürürlüğe girmiş olsa da doktrinde bazı yazarlar, söz konusu Kanun'un özel af niteliğinde olduğunu belirtmişlerdir. Nitekim bu yazarlara göre Kanun ile getirilen bazı hükümler uyarınca, birtakım suçlardan mahkûm olanların ceza infaz kurumuna hiç girmeden cezalarının dışarıda infaz edilmesinin önünün açılması, cezanın kapsamına etki ettiğinden özel aftan başka bir şey değildir⁵³. Örneğin CGTİK Geçici m. 6/1 uyarınca, 30/3/2020 tarihine kadar 6 yıla kadar hapis cezasına mahkûm olan bir kişinin cezası, hiç ceza infaz kurumuna alınmadan denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak dışarıda infaz edilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu hükümden yararlanma noktasında TMK kapsamına

⁵³ KOCA, Mahmut, “Özel Af İle İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri”, Anayasa Yargısı, C. 38, S. 1, Y. 2021, s. 2: Yazara göre CGTİK m. 105/A yürürlüğe girdiğinden beri özel af düzenlemeleri yapmak için kullanılmaktadır. Bu madde ile öngörülen koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik süreleri sürekli artırılarak, Anayasa'nın özel af kanunu için aradığı nitelikli çoğunluk şartı dolanılmaktadır; DEMİRBAŞ, Timur, “7242 Sayılı Kanun ve Dolaylı Af”, Suç ve Ceza Dergisi, C. 13, S. 2, Y. 2020, s. 387: Yazara göre söz konusu Kanun'un özel af niteliği taşıması sebebiyle, sevk edilen hükümlerin eşitlik ve adalet ilkelerine aykırılığının yanında, kamu vicdanını da yaralar nitelikte olduğu aşikârdır. Gerçekten de bu tarz düzenlemeler, suç karşılığında öngörülen cezaların oldukça ağır olduğu Türk Ceza Hukuku sistemini erozyona uğratmakta, toplumun suçluların cezalandırılacağına yönelik inancını köreltmektedir. Aynı doğrultuda başka bir görüş için bkz. ORHAN, Uğur, “Cezaları Ağırlandırmak Caydırıcılığı Artırır mı?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 156, Y. 2021, s. 81.

giren suçlardan mahkûm olanlar istisna tutulmuştur⁵⁴. Gerçekten de bir kanun ile sevk edilen hükümlerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde o kanunun ismi tek başına yeterli olmamalı, getirilen hükmün mahiyeti göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır⁵⁵. Anayasa Mahkemesi'nin belirlemesi de bu doğrultudadır⁵⁶. Bir kanun "infaz düzenlemesi" adı altında çıkarılmış olsa da içerdiği hükümler itibariyle özel af niteliğinde olabilir. Bu durumda ilgili kanunun özel af niteliğinde olup olmadığı belirlenmeli, özel af niteliğinde ise Anayasa'da yer verilen nitelikli kabul oranının sağlanıp sağlanmadığı tespit edilmelidir.

Af müessesesi, en genel anlamıyla, çeşitli siyasi, hukuki, ekonomik veya sosyo-kültürel sebepler uyarınca, devletin suçluyu cezalandırma ya de verilen cezayı yerine getirme hakkından vazgeçmesidir⁵⁷. Aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, sanığın ya da hükümlünün aftan yararlanmamayı seçme hakkı bulunmamaktadır⁵⁸. Türk hukukunda, cezayı tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıran genel af ile cezanın ağırlığını azaltan özel af olmak üzere iki af türü bulunmaktadır⁵⁹. Özel af Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte, maddede özel affın tanımına yer verilmemiştir. Bu af türünün kapsamı doktrinde, TCK'nun 65. maddesinde de yola çıkılarak; hapis cezasının ceza infaz kurumunda çektirilmesine son verilmesi, ceza infaz kurumunda çekilecek süresinin

⁵⁴ Doktrinde Özbek, 7242 sayılı Kanun'un CGTİK m. 107'de düzenlenen koşullu salıverilme sürelerinde değişiklik yapan hükümleri, koşullu salıverilmeye ilişkin "iyi hâl" gibi temel şartları ortadan kaldırmadığı için özel af niteliğinde değildir. Bkz. ÖZBEK, V. Özer, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkındaki Değerlendirmelerimiz", Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 42, Y. 2020, s. 312.

⁵⁵ MADEN, s. 633-634.

⁵⁶ DEMİRBAŞ, 7242 Sayılı Kanun, s. 399.

⁵⁷ MERAY, Seha L., Ceza Hukukunda Af, 1. Baskı, Ankara 1944, s. 4; TOROSLU, s. 458; AKBULUT, s. 851; Af kurumunun hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bu müessesenin bir yargı tasarrufu olmayıp, yasama ve sınırlı hâllerde yürütme tasarrufu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. KEYMAN, Selahattin, Türk Hukukunda Af, 1. Baskı, Ankara 1965, s. 5; CAN, Sibel, "Türk Hukukunda Af Kurumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 1295.

⁵⁸ ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 1016; ÖZBEK, V. Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 723.

⁵⁹ GÖZLER, Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", Anayasa Yargısı, C. 18, Y. 2001, s. 298; ÖNDER, s. 747-748; DÖNMEZER/ ERMAN, s. 415; AKBULUT, s. 854-855; ATİLA, Mesude, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku'nda Af Kurumu", Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S. 1, Y. 2010, s. 276.

azaltılması ya da adli para cezasına çevrilmesi olarak ortaya konulmaktadır⁶⁰. Özel af kanununun çıkarılması diğer kanunlara nazaran daha sıkı koşullara bağlanmış, bu kanunun kabulü için meclis üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu aranmıştır⁶¹.

Doktrinde 7242 sayılı Kanun'un özel af niteliğinde olduğunu belirten yazarlar, Kanun hükümlerinin mahkûm olunan suç tiplerine göre farklı şekilde tatbik edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmaktadır. Nitekim bu yazarlara göre söz konusu Kanun'un çoğu hükmü doğrudan cezanın miktarına etki ettiğinden, 7242 sayılı Kanun infaz kanunu değil, özel af kanunudur. Dolayısıyla bu Kanun'un kabul edilmesinde Anayasa'da belirtilen nitelikli çoğunluğa uyulmadığı, ayrıca mahkûm olunan suç tiplerine göre Kanun ile getirilen hükümlerden yararlanma noktasında ayrıma gidildiği için söz konusu Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmektedir. Doktrindeki görüşlere paralel olarak bu Kanun'un iptali için Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 7242 sayılı Kanun ile CGTİK'a eklenen hükümlerin esasını incelemeyen önce, bu Kanun'u şeklen incelemeye tabi tutmuş ve Kanun'un "özel af" niteliğinde olup olmadığını ele almıştır⁶².

Anayasa Mahkemesi kararında ilk olarak, kanun koyucu tarafından bir düzenlemenin infaz kapsamında ele alınmasının af ile ilgili anayasal denetim yapılması açısından bir önemi bulunmadığını vurgulamış, önemli olan hususun ilgili kanuni düzenlemenin af kavramının unsurlarını taşıyıp taşımadığı olduğunu belirtmiştir. Mühim olan kanuni düzenlemenin hangi isim altında çıkarıldığı değil, mahiyetinin ne olduğudur. Mahkeme daha sonra bir kanunun özel af niteliğinde olması için mutlaka cezanın kendisini etkilemesi gerektiğini ortaya koymuştur.

⁶⁰ SÖZÜER, Adem, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", Anayasa Yargısı, C. 17, S. 1, Y. 2001, s. 250; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 511-512; ATİLA, s. 277.

⁶¹ Anayasa'nın 104. maddesinin on altıncı fıkrası, Anayasa'da yazılı sınırlı durumların varlığı hâlinde Cumhurbaşkanına da özel af çıkarma yetkisi vermiştir. Bu sınırlı sebepler; sürekli hastalık, sakatlık ve kocamadır. Bu sebeplerin varlığı durumunda Cumhurbaşkanı, hükümlülerin cezalarını hafifletebileceği gibi tamamen de ortadan kaldırabilir. Doktrinde Cumhurbaşkanına verilen bu yetkinin bireysel özel af çıkarma yetkisi olarak da ifade edildiğine rastlanmaktadır. Bkz. SÖZÜER, s. 220; ÖNDER, s. 750; ATİLA, s. 282-283.

⁶² Anayasa Mahkemesi, T. 17.7.2020, E. 2020/44, K. 2020/41, RG. 7/10/2020, S. 31267, <https://www.anayasa.gov.tr/>, E.T. 15.11.2021.

Buna göre kanuni düzenleme cezanın ortadan kaldırılması, azaltılması ya da türünün değişmesi sonucunu doğuruyor ise özel af niteliğindedir. Ayrıca bir düzenlemenin af niteliği taşıması için geçmişe etkili olması da gerekmektedir.

Mahkeme'ye göre 7242 sayılı Kanun ile getirilen geçici düzenlemeler ile koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik kurumlarından yararlanma noktasında iyi hâlin aranacak olması ve ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan denetim raporunun dikkate alınacak olması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bu müesseselerin otomatik olarak uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Mahkeme tüm bu hususları göz önünde bulundurarak gerek koşullu salıverilme gerekse de denetimli serbestliğin cezanın infaz kurumunda çektirilmesine alternatif bir infaz usulü niteliği taşıdığına, dolayısıyla da ilgili düzenlemenin özel af niteliğinde olmadığına oy çokluğu ile hükmetmiştir⁶³.

7242 sayılı Kanun'un eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin esas incelemesi, bu Kanun'un özel af niteliğinde olup olmadığına ilişkin şekil incelemesinden sonra yapılmıştır. Nitekim bir kanuni düzenlemenin esasının incelenmesi için ilk olarak bu düzenlemenin hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarında da anlaşılacağı üzere, Yüksek Mahkeme infaz hukuku kuralları

⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin oy çokluğu ile aldığı bu karara 7 üye karşı oy vermiştir. Karara karşı oy veren üyelerden Zühtü ASLAN; 7242 Kanun ile CGTİK'a eklenen Geçici m. 6/1 ile, altı yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilenlerin ceza infaz kurumunda kalmadan cezalarının infazına imkân tanındığı, bu hâliyle kuralın cezanın infaz şekline değil, bizzat kapsamına yönelik olduğu belirtmiştir. Bu kişilerin ceza infaz kurumuna hiç girmeden, denetim süresi içerisinde "*kamuya yararlı bir işte çalıştırılma*" veya "*belirlenen yer veya bölgelere gitmeme*" gibi yükümlülüklerle katlanmak durumunda olması, hapis cezasını TCK m. 50'de düzenlenen daha hafif mahiyetteki "*seçenek yaptırımlar*" a dönüştürmüş, dolayısıyla doğrudan cezaya etki etmiştir. Bu sebeple dava konusu kuralların af niteliğinde olmadığı kabulü Anayasa'nın 87. maddesini işlevsiz ve anlamsız hâle getireceğinden, söz konusu düzenlemenin Anayasa'da belirtilen nitelikli karar yeter sayısına uyulmadan yürürlüğe konulması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Karara karşı oy veren üyelerden Hasan Tahsin GÖKCAN'ın da gerekçesi bu doğrultudadır. Üyeye göre, davaya konu kuralların geçmişe etkili olması ve doğrudan cezaya etki etmesi özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir. Burada koşullu salıverilmeden yararlanılmasının iyi hâle bağlı kılınması ve bu kişiler hakkında bazı denetimli serbestlik tedbirlerinin öngörülmesi, söz konusu düzenlemenin özel af niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Nitekim özel affın şarta bağlı kılınmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kanun hükümleri infaz kuralları izlenimini oluştursa da pratik sonuçları itibarıyla af niteliğindedir.

öngören kanunların öncelikle özel af niteliğinde olup olmadığını incelemektedir. Yaptığı inceleme sonucunda kanuni düzenlemenin cezanın kendisine etki etmediği ve geçmişe etkili olmadığı sürece özel af niteliği taşımadığına hükmetmektedir. Daha sonra yaptığı esas incelemesinde ise 2010'lu yıllardan itibaren süreklilik kazanan içtihatları uyarınca, infaz hukuku müesseselerinin uygulanması noktasında, işlenen suça göre farklı uygulamalara gidilmesinde kanun koyucunun tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi bir takdir yetkisinin olduğunu ortaya koymaktadır.

Burada Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun⁶⁴ hakkında verdiği kararına da değinmek gerekmektedir. İsminden de anlaşılacağı üzere söz konusu kanunda şartla salıverilme ile cezaların ertelenmesine ilişkin hükümlere yer verilmekteydi. Ceza infaz sisteminin temel ilkelerini hiçe saydığı gerekçesiyle doktrinde yoğun bir şekilde eleştirilen bu Kanun'un, dolaylı af kanunu niteliğinde olduğu belirtilmekteydi⁶⁵. Söz konusu Kanun'da *"şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenler ile aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin toplam hükümlülük süresinden on yıl indirilir"* şeklinde bir hükme yer verilmeyle birlikte, Kanun'un takip eden maddelerinde, bazı suçlardan mahkûm olan kişilerin bu hükümden yararlanmayacakları düzenlenmişti. Kanun kapsamı dışında bırakılan suç tipleri oldukça geniş bir şekilde düzenlenmişti. Kanun'da ayrıca, ceza indirimini uygulandıktan sonra ceza süresi veya hükümlülük süresi dolmuş olanların iyi hâllerine ya da istemlerine bakılmaksızın derhal salıverileceğine yer verilmişti. 4616 sayılı Kanun'un bazı suçlardan mahkûm olanları ceza indiriminden yararlanma noktasında kapsam dışında bıraktığı hükümlerin, eşitlik ve hukuk devleti başta olmak üzere Anayasa'nın birçok ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle 226 mahkeme tarafından iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi iptal davası sonucunda vermiş olduğu kararında⁶⁶;

⁶⁴ Kanun için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4616.pdf>, E.T. 25.12.2021.

⁶⁵ ŞEN, Ersan, "Türk Ceza İnfaz Sistemi ve 4616 Sayılı Kanun", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C.14, S. 1, Y. 2000, s. 391-392; DEMİRBAŞ, Af Tartışmaları, s. 401-402; ÖZGENÇ, İzzet/ BAYRAKTARLI, İhsan Yılmaz, "İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, Y. 2019, s. 134.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, T. 18.7.2001, E. 2001/4, K. 2001/332, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 15.11.2021.

4616 sayılı Kanun ile öngörülen ceza indiriminden yararlanma noktasında, mahkûmların iyi hâlinin ve talebinin aranmaması gibi hususları göz önünde bulundurarak, söz konusu Kanun'un bir af kanunu olduğunu belirtmiş ve af kanununda eşitlik ilkesine aykırı hükümlere yer verilemeyeceği gerekçesiyle Kanun'un sınırlayıcı hükümlerini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucunda Kanun'un uygulama kapsamı çok genişlemiş ve birçok mahkûm bu Kanun'dan yararlanarak ceza infaz kurumlarından tahliye edilmiştir.

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, geçmişten itibaren, infaz hukuku kurallarında değişiklik yapan kanuni düzenlemelerin ilk olarak özel af kanunu niteliğinde olup olmadığını incelemektedir. Bir kanun "infaz düzenlemesi" adı altında çıkarılmış olsa bile mahiyeti itibarıyla af kanunu niteliğinde ise belirli bazı suçlardan mahkûm olanların lehe olan infaz düzenlemelerinden yararlanmalarına engel teşkil eden hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmektedir. İlgili kanuni düzenleme, af kanunu niteliğinde olup olmadığı hususundaki incelemeyi geçtikten sonra, bu kez Yüksek Mahkeme tarafından esas incelemesine tabi tutulmaktadır. Anayasa Mahkemesi 2010'lu yıllardan itibaren verdiği ve artık süreklilik kazanan içtihatlarında, örgütlü suçlar gibi toplum güvenliği ve barışı bakımından tehlike arz eden bazı suçlardan mahkûm olan kişilerin, başta koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik olmak üzere bazı infaz müesseselerinden yararlanmalarını daha sıkı şartlara bağlayan kanuni düzenlemeleri, kanun koyucunun bu hususta takdir yetkisinin olduğundan bahisle Anayasa'ya aykırı bulmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilere bazı hükümlü haklarından yararlanmaları noktasında getirilen sınırlamaları da aynı doğrultuda ele almaktadır. Buna göre, söz konusu kişilerin işlediği suçların toplum bakımından tehlike arz etmesi, bu kişilerin sahip olduğu bazı hakların sınırlandırılmasında kanun koyucuya takdir yetkisi vermektedir. Kanun koyucu bu meşru sebep uyarınca, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişinin bazı haklarına, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olmamak kaydıyla sınırlama getirebilecektir. Konuyu bir örnekle ele almakta fayda bulunmaktadır. CGTİK m. 59'da hükümlünün avukatla görüşme hakkının düzenlendiğine, aynı maddenin beşinci fıkrasında ise örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin bu hakkına bazı sınırlamaların getirilebileceğine yukarıda değinilmişti. Bu sınırlamalar mevcut hakkın kullanılmasının tamamen engellenmesi suretiyle değil,

mahkûmun avukatı ile yaptığı görüşmelerin çeşitli yöntemlerle kayıt altına alınması suretiyle gerçekleştirilecektir.

Bu düzenlemenin iptali talebi soyut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir⁶⁷. İptal talebinde; hükümlülerin avukatlarıyla serbest bir şekilde görüşmelerinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin kapsamında olduğu, dava konusu kuralla söz konusu hakkın subjektif koşullar öngörülerek keyfi bir şekilde sınırlandırıldığı, ayrıca bu sınırlamaların hakkın özüne dokunduğu ve ölçüsüz olduğu vurgulanmış, bu gerekçelerle düzenlemenin Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması koşullarını düzenleyen 13. maddesi ile hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilgisi sebebiyle söz konusu kuralı Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği bakımından da değerlendirmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme'ye göre, hükümlünün cezasının infazı aşamasında avukatıyla görüşmesi alacağı hukuki yardım bakımından önemli olduğu gibi infaz kurumu dışındaki özel hayatı ile ilgili kararlar alabilmesi açısından da oldukça önemlidir⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi kararında ilk olarak söz konusu kuralın, infaz kurumlarının güvenliğinin sağlanması ve milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından önemli görülen suçların işlenmesinin engellenmesi amacıyla öngörüldüğünü, bu sebeple sınırlamanın meşru amaç taşıdığını belirtmiş, kuralın belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi bakımından elverişli ve gerekli olduğunu vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme kararında ayrıca, sınırlamanın, ilgili suçlardan mahkûm olan herkese dönük olmadığını, yalnızca toplumun ve infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düştüğüne ilişkin bilgi, belge veya bulgu elde edilmesi hâllerinde belli bir süreliğine uygulanabileceğine ve sınırlama kararını verme yetkisinin yargı organının yetkisinde olduğunu, yargı organının kararına karşı da itirazda bulunma hakkının tanınmasıyla söz konusu yetkinin kötüye

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, T. 24.7.2019, E. 2018/73, K. 2019/65, RG. 29/11/2019, S. 30963, <https://www.anayasa.gov.tr/>, E.T. 15.11.2021.

⁶⁸ Tutuklu ve hükümlülerin kişisel verileri ile özel hayatlarına ilişkin konuları içerenler de dahil olmak üzere tüm yazışmalarının UYAP'a aktarılmasını öngören Genelge'nin, Anayasa'nın 20 ve 22. maddelerinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetini ihlal edeceğine ilişkin bireysel başvuru kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, Ümit Karaduman Başvurusu (No: 2020/20874), T. 02.02.2022, R.G. 07.04.2022, S. 31802, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 21.04.2022. Karar ile ilgili detaylı açıklama için bkz. 44 no'lu dipnot.

kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme bu gerekçelerle, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç ile özel hayata saygı hakkında ilişkin bireysel yarar arasında ölçülü bir dengenin bulunduğuna, sınırlama öngören kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile bir ilişkisinin olmadığına, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 13. maddesi ile 20. maddesine ise aykırı olmadığına oybirliği ile karar vermiştir⁶⁹.

Görüleceği üzere Yüksek Mahkeme, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilere bazı hükümlü haklarından yararlanmaları noktasında getirilen sınırlamaları Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu sonucu, ilgili suçlardan mahkûm olan kişilerin toplum ve kurum güvenliği bakımından arz ettiği tehlikelilik hâline dayandırmaktadır. Bu sebeple Mahkeme'nin söz konusu tutumunun hukuka uygun olduğu belirtilebilir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, söz konusu kişilere hükümlü haklarından yararlanmaları noktasında getirilen sınırlamaların mutlaka Anayasa'nın 13. maddesine uygun olması gerekmektedir. Örgütlü suçlardan mahkûm olan hükümlülerin bir araya gelme, telefonla görüşme ve radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma haklarına getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesine uygun olmadığından yukarıda bahsedilmişti. Bu sebeple kanun koyucunun söz konusu sınırlamaları devam ettirme yönünde bir iradesi var ise, bunu Anayasa'ya uygun hâle getirecek kanun değişikliklerini yapması elzemdir. Ayrıca, bu kişiler hakkında söz konusu hükümlü haklarının hangi sebepler uyarınca ve ne ölçüde sınırlandırılabilmesine kanunda yer verilmemesi de söz konusu sınırlamaları Anayasa'ya aykırı hâle getirecektir. Nitekim salt işlenen suçtan dolayı bazı hükümlü haklarının bu kimseler bakımından sınırlamalara tabi tutulması kanunla da öngörülse, bu durumun infaz hukukunun amacına ve Anayasa'ya aykırı olacağı kuşkusuzdur.

SONUÇ

Türk hukukunda örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler tehlikeli suçlu olarak kabul edilmiş, bunlar hakkında ayrıksı infaz düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu ayrıksı infaz düzenlemeleri, örgütlü suçlardan

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi aynı kararında, CGTİK m. 59/10'da düzenlenen ve örgütlü suçlar ile terör suçlarından hükümlü olan kişilerin, başka suçlardan şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatlarıyla görüşmeleri hâlinde de aynı sınırlamaların geçerli olduğuna ilişkin kuralı Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

mahkûm olan kişilerin koşullu salıverilme, denetimli serbestlik gibi genel ceza infaz hukuku kurumlarından yararlanmalarının daha ağır şartlara bağlanması ve bazı hükümlü haklarının bu kimseler bakımından sınırlamalara tabi tutularak uygulanması şeklinde kendisini göstermektedir.

Ceza infaz müesseselerinin örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler bakımından daha ağır şartlara tabi kılınarak uygulanması, bu durumun Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesini gündeme getirmektedir. Doktrinde, infaz hukukunun fiil değil fail merkezli olduğu, burada önemli olan hususun mahkûmun ıslah olup topluma yeniden kazandırılmasının sağlanması olduğu vurgulanmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında infaz hukuku müesseselerinin daha sıkı şekilde uygulanmasını öngören düzenlemeler, infaz hukukunun esasları ile beraber eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, 2010'lu yıllardan itibaren süreklilik kazanan içtihatlarında, ceza hukukunda olduğu gibi ceza infaz hukuku alanında da kanun koyucunun toplumsal gereksinimlerin göz önünde bulundurulması suretiyle bir takdir yetkisinin olduğunu, toplum güvenliği bakımından ağır tehlike arz eden örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında verilen cezaların caydırıcılığının artırılması maksadıyla, bu kişilerin infaz hukuku müesseselerinden yararlanmalarını daha sıkı şartlara bağlayan hukuki düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına hükmetmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme bu değerlendirmeyi yapmadan önce, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin infaz hukuku müesseselerinden yararlanmaları noktasında farklı ve ağır hükümler tesis eden düzenlemelerin "özel af" niteliğinde olup olmadığını incelemekte, yalnızca bu inceleme sonucunda özel af niteliğinde olmayan hukuki düzenlemelerde kanun koyucunun farklı hükümler sevk etme noktasında takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, örgütlü suçlardan mahkûm olan kişilerin hükümlü haklarından yararlanmaları noktasında getirilen sınırlamaları da aynı doğrultuda değerlendirmektedir. Bu kişiler hakkında bazı hükümlü haklarının sınırlamalara tabi tutularak uygulanması toplum ve ceza infaz kurumunun güvenliği bakımından gerekli ise ilgili sınırlayıcı hükümler hukuka uygun olacaktır. Ancak her durumda bu sınırlamaların salt hükümlünün mahkûm olduğu suçtan kaynaklanmaması, gerekli ve ölçülü olması ve mutlaka Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen

başta kanunilik olmak üzere diğer kurallara uygun olması gerekmektedir. Türk ceza infaz sisteminde örgütlü suçlardan mahkûm olan kişiler hakkında bazı hükümlü haklarının sınırlamalara tabi tutularak uygulanması kanunla değil, yönetmelikle öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu tartışmadan uzaktır.

KAYNAKLAR

- AKKAŞ, Ahmet H., “Koşullu Salıverilme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, Y. 2008, s. 305-335.
- AKKAYA, Aybüke, Türk Hukukunda Denetimli Serbestlik, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2016.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2020.
- ATİLA, Mesude, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku’nda Af Kurumu”, Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S. 1, Y. 2010, s. 275-284.
- CAN, Sibel, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 1292-1312.
- ÇAKIR, Kerim, “Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2020, s. 669-698.
- DEMİRBAŞ, Timur, “Af Tartışmaları”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel’e Armağan, Ankara 2001.
- DEMİRBAŞ, Timur, “7242 Sayılı Kanun ve Dolaylı Af”, Suç ve Ceza Dergisi, C. 13, S. 2, Y. 2020, s. 387-405.
- DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2021.
- DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III, 19. Baskı, İstanbul 2020.
- ERSAN, Aykut: “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK md. 220)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, Y. 2013, s. 381-407.
- GÖZLER, Kemal, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, Anayasa Yargısı, C. 18, Y. 2001, s. 298-329.

- GÜNGÖR, Burak, "Hükümlülerin Haberleşme Hürriyetine Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 6, S. 12, Y. 2018, s. 511-536.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019.
- KARTAL, Pınar M., "Cezanın İnfazının Ertelenmesi Sebeplerinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Suç ve Ceza Dergisi, C. 14, S. 1, Y. 2021, s. 1-24.
- KAVLAK, Cihan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, 3. Baskı, Ankara 2017.
- KEYMAN, Selahattin, Türk Hukukunda Af, Ankara 1965.
- KOCA, Mahmut, "Özel Af İle İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri", Anayasa Yargısı, C. 38, S. 1, Y. 2021, s. 1-41.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021.
- MACİT, Kemal, İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017.
- MADEN, Mehmet, "Koşullu Salıverilmenin Mahiyeti ve Hukuki Niteliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2020, s. 633-651.
- MERAY, Seha L., Ceza Hukukunda Af, 1. Baskı, Ankara 1944.
- ORHAN, Uğur, "Cezaları Ağırlandırmak Caydırıcılığı Artırır mı?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 156, Y. 2021, s. 63-85.
- ÖNCÜ, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 115, 2014, s. 13-36.
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III, 2. Baskı, İstanbul 1992.
- ÖZBEK, V. Özer, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Teklifi Hakkındaki Değerlendirmelerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 42, Y. 2020, s. 301-312.

ÖZBEK, V. Özer, İnfaz Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021.

ÖZBEK, V. Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2018.

ÖZBEY, Özcan: “Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 88, Y. 2010, s. 55-105.

ÖZDEMİR, Orhan: “7242 Sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları”, Adalet Dergisi, S. 67, Y. 2021, s. 379-410.

ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.

ÖZGENÇ, İzzet/ BAYRAKTARLI, İhsan Yılmaz, “İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, Y. 2019, s. 129-139.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2021.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2016.

ROSENAU, Hennig, “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı”, çev. Erhan Temel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, Y. 2008, s. 391-402.

SANIVAR, Ramadan, Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şartlı Tahliye) Kurumu, 1. Baskı, Ankara 2020.

SARITAŞ, Erkan, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221), 1. Baskı, İstanbul 2018.

SÖZÜER, Adem, “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin

Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı, C. 17, S. 1, Y. 2001, s. 219-253.

ŞEN, Ersan/ ERYILDIZ, H. Sefa, Suç Örgütü, 4. Baskı, Ankara 2021.

ŞEN, Ersan, “Türk Ceza İnfaz Sistemi ve 4616 Sayılı Kanun”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C.14, S. 1, Y. 2000, s. 387-398.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013.

TOZMAN, Önder, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, 2. Baskı, Ankara 2017.

TURHAN, Faruk/ ALTIKAT, Abdurrahim, “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2012, s. 1-46.

YANPAR ÇAMAK, Sultan, “Hükümlünün Avukat İle Görüşme Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 199-200, Y. 2021, s. 797-819.

YAŞAR, Ercan: “Alman Ceza Hukukunda Bir Emniyet Türü Olarak Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 3-4, Y. 2018, s. 263-288.

YENİDÜNYA, A. Caner/ İÇER, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, 1. Baskı, İstanbul 2014.

İnternet Kaynakları

<https://cte.adalet.gov.tr/Home/haritaliste>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.anayasa.gov.tr>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN YAPILMASINDA ŞEKLE DAİR KISA BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ*

Öz

Uluslararası hukukta antlaşmaların şekline ilişkin hukuk doktrinde süregelen bir tartışma söz konusudur. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ndeki antlaşma tanımı, yazılılığı, en azından ilk bakışta zarurî görmesinden dolayı, bu konudaki karışıklığı biraz daha artırmıştır. Ancak, durum gerçekte böyle midir? Böylelikle, bu kısa çalışmanın ana amacı yazılı olmayan anlaşmaların uluslararası hukuk uyarınca bir antlaşma oluşturup oluşturmadıklarının analiz edilmesidir. Bu şekilde bir soruyu analiz edebilmek adına öncelikle uluslararası hukuktaki pozitif kuralların incelenmesi, sonrasında gerek uluslararası hukukta gerek iç hukuklarda devletlerin uygulamalarının gözlenmesi teklif edilmektedir. Daha da ötesinde, ünlü hukukçuların konuya ilişkin görüşleri ele alınacaktır. Nihayetinde, bazı ayrık durumlarla ilişkin bazı hukukî noktalarla beraber mümkün olduğu oranda bazı örneklerle yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Antlaşmalar Hukuku • Antlaşmaların Şekli • Yazılı Antlaşmalar • Sözlü Anlaşmalar • İşaretler

* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye | Assoc. Prof, İzmir Bakırçay University Faculty of Law, Public International Law Department, İzmir, Turkey.

✉ anil.camyamac@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-8476-9110

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÇAMYAMAÇ Anıl, "Uluslararası Antlaşmaların Yapılmasında Şekle Dair Kısa Bir Değerlendirme ", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 679-726.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

A SHORT ASSESSMENT OF FORM IN CONCLUDING INTERNATIONAL TREATIES

Abstract

There has been an on-going argument among the legal doctrine about the form of the treaties in international law. The definition of the treaty in the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties adds to the confusion a bit more due to being in written form, at least prima facie, is required. But, is this the real case? Hence, the main aim of this short essay is to analyze the factors whether or not an unwritten agreement constitutes a treaty according to international law. In order to analyze such a question, it is proposed first to examine the positive rules of international law, then to observe the practice of States both under international and national laws. Furthermore, the opinions of the famous jurists on the issue will also be elaborated. At the end, some examples, if exist, will be given, together with some suggestions over some legal discrepancies.

Key Words

Law of Treaties • Form of Treaties • Written Treaties • Oral Agreements • Signs

GİRİŞ

Uluslararası hukukun kaynakları denilince akla ilk gelen kaynaklardan biri, hatta ilki “uluslararası antlaşmalar” olmaktadır.¹ Uluslararası

¹ Uluslararası hukukun kaynakları denilince akıllara gelen *şekli kaynaklar* olmaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse, uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkarken aldığı şekiller uluslararası hukukun kaynakları denildiğinde doktrin tarafından ele alınan klâsik kaynakları teşkil etmektedir. Bu klâsik kaynaklar ise, uluslararası hukuk dâhilinde temelde 1945 tarihli Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38’de yer verilen biçimiyle ele alınmaktadır. Bu minvalde, 38’inci madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

a. Uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;

b. Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kurallarını;

c. Uygur uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.

2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları hâlinde, Divanın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemez”.

antlaşmaların bu denli öncelikli olması taraf devletlerin veya taraf konumundaki diğer uluslararası hukuk kişilerinin iradelerini daha kesin ve en azından diğer kaynaklarla mukayese edildiğinde tartışmaya daha az açık olacak şekilde ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Ancak, uluslararası bir antlaşmaya bu kesinliği veren unsurlar arasında şekil şartının² gelip gelmediği tartışılabilir bir husustur.³

Doktrinde uluslararası antlaşmaların şekil şartına dair farklı görüşlerin ileri sürülmesi bir yana uluslararası antlaşmalar hukukunu temel olarak kodifiye eden Sözleşmeler’de, başta da 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde⁴ konunun tartışmaya açık bir biçimde düzenlenmesi de uluslararası antlaşmaların şekline ilişkin farklı görüşlerin ortaya çıkmasında etkili olmuştur.

² Antlaşmaların şekli denildiğinde, esasen, çok farklı hususların söz konusu edilebileceği düşünülebilir. Meselâ şekil genel başlığı altında sadece yazılılık hususu ele alınmamakta, birçok kaynakta belge sayısı veya kimlerin bir antlaşmayı yapabileceği gibi hususların da dâhil edilebildiği gözlenmektedir. Oysa biz bu kısa çalışmada sadece uluslararası antlaşmaların yazılı olup olmama hususu bakımından konuyu ele almaya çalışacağız. Ancak, yazılı olmamanın karşılığı, en azından bu çalışma bağlamında, salt sözlü anlaşmalarla sınırlı kalamayacağından dolayı, belirtildiği üzere, daha geniş bir anlam ifade edebilen “antlaşmaların şekli” kavramını tercih etmiş bulunmaktayız.

³ Sonuçta devletler arasında her yazıya dökülmüş söz, her metinleşmiş belge antlaşma niteliğini haiz olmayacaktır. Meselâ, doktrinde “centilmenler anlaşması” (*gentlemen agreements*) olarak ele alınan “esnek hukuk” (*soft law*) kurallarının en azından bu nitelikleriyle bir uluslararası antlaşma teşkil etmedikleri malûmdur.

⁴ 23 Mayıs 1969 tarihinde kabul edilen, 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe giren ve günümüzde 116 devletin tarafı olduğu 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne Türkiye taraf değildir. Sözleşme’nin resmî İngilizce metni için bkz. “Vienna Convention on Law of Treaties”, United Nations-Treaty Series, vol. 1155, no: 18232, 1980, s. 331-352. Sözleşme’nin Türkçe çevirisi (İngilizce metin de dâhil olmak üzere) için meselâ bkz. KAYA İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler/Basic Documents in International Law, 4. Bası, Ankara, 2020, s. 67-111. Bundan sonra kısaca *1969 tarihli Viyana Sözleşmesi* olarak anılacaktır. 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi’ne dair ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. KEARNEY Richard D. & DALTON Robert E., “The Treaty on Treaties”, American Journal of International Law, vol. 64/3, 1970, s. 495-561; SINCLAIR Ian M., The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2nd Edition, Manchester, 1984; AUST Anthony, “Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, 2006 via <https://opil.oup.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1498> (Erişim Tarihi: 01/07/17); VILLIGER Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on

Uluslararası antlaşmayı tanımlarken⁵ de yararlanılacak unsurlar arasında bulunan şekil unsurunun, bu bağlamda bir biçimde aydınlığa kavuşturulması, muhakkak ki faydası inkâr edilemeyecek bir değerlendirme olacaktır. Bu sebeple, bu kısa çalışmada, uluslararası antlaşmalar hukukunda antlaşmanın şekline dair bir analiz yapılmaya çalışılacaktır.

the Law of Treaties, Leiden, 2009. Öncesindeki Konferansa dair genel açıklama ve değerlendirmeler için ise bkz. SINCLAIR Ian M., “Vienna Conference on the Law of Treaties”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 19/1, 1970, s. 47-69.

- ⁵ Uluslararası hukuk çerçevesinde antlaşmanın tanımı ve buna ilişkin unsurlara dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. McNAIR Arnold Duncan, *Law of Treaties*, Oxford, 1962, s. 1-34; O’CONNELL Daniel Patrick, *International Law*, vol. I, 2nd Edition, London, 1970, s. 205-206; GREIG Donald Westlake, *International Law*, 2nd Edition, London, 1976, s. 450-461; WIDDOWS Kelvin, “What Is an Agreement in International Law?”, *British Yearbook of International Law*, vol. 50, 1979, s. 117-149; PAZARCI Hüseyin, “Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk & Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 10 Sayı: 1&2, 1990, s. 151-163; REUTER Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, Translated by Mico & Haggemacher, London, 1995, s. 29-35; SUBEDI Surya Prasad, “When Is a Treaty a Treaty in Law – An Analysis of the Views of the Supreme Court of Nepal on a Bilateral Agreement between Nepal and India”, *Asian Yearbook of International Law*, vol. 5, 1995, s. 201-210; KLABBERS Jan, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague, 1998, s. 37-64; AUST Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, s. 14-25; GARDINER Richard K., *International Law*, Dorchester, 2003, s. 58-65; AUST Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd Edition, Cambridge, 2008, s. 16-31; VILLIGER, s. 74-84; GAUTIER Philippe, “Part I Introductory Article 2 1969 Vienna Convention”, in *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, edited by Corten & Klein, Oxford, 2011, s. 33-56; KOLB Robert, *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham, 2016, s. 18-24; TÜTÜNCÜ Ayşe Nur & ARKOĞLU Enver & AKÜN Verda Neslihan & BAŞKARACAOĞLU Elif, *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) – Prof. Dr. Sevin Toluner’in Ders Notlarından*, İstanbul, 2017, s. 74-79; FITZMAURICE Malgosia & MERKOURIS Panos, *Treaties in Motion: The Evolution of Treaties from Formation to Termination*, Cambridge, 2020, s. 32-59; HOLLIS Duncan B., “Defining Treaties” in *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd Edition, edited by Hollis, Oxford, 2020, s. 11-43. Ayrıca, bkz. KLABBERS Jan, “Qatar v. Bahrain: The Concept of ‘Treaty’ in International Law”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 33/3, 1993, s. 361-376; ROSENNE Shabtai, “What Is a Treaty? A Signatory’s Intentions – Qatar v Bahrain”, in *Essays on International Law and Practice*, edited by Rosenne, Leiden, 2007, s. 435-443; AKSAR Yusuf, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 90-92. Öte yandan, uluslararası örgütler zaviyesinden anlaşma tanımı için bkz. SCHNEIDER Johannes Wilhelmus, *Treaty-Making Power of International Organizations*, Genève, 1963, s. 29-39. Ayrıca, bu konuda yine bkz. *infra* dipnot: 18.

Bu minvalde de bu analizin plânı, antlaşmanın şekline dair pozitif hukuktaki düzenlemeler, varsa içtihatlarda verilen kararlar ve doktrinin konuya dair açıklamaları ile başlayıp yazılılık dışında başka şekillere dair örneklerle devam ettirilerek sonrasında ulaşılan sonuçların kısaca aktarımından ibaret olacaktır.

I. Pozitif Hukukta Antlaşmaların Şekline Dair Düzenlemeler

Uluslararası antlaşmalar hukukuna dair kuralların örf ve âdet kuralları olarak uzun bir süre kullanılageldikleri ve ancak 20'nci yüzyılla birlikte kodifikasyonlarının gerçekleştirildiği görülmektedir.⁶ Bu itibarla, antlaşmalara dair ilk çok taraflı sözleşme 20 Şubat 1928 tarihinde akdedilen bölgesel nitelikli "Antlaşmalara Dair Havana Sözleşmesi"⁷ olmaktadır. Ancak, esas gelişme II. Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler çarısı altında gerçekleştirilen 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi ile 1986 tarihli Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasında veya Uluslararası Örgütler Arasında Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir.⁸ 1986 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin henüz yürürlüğe girmediği hesap edildiğinde, günümüz antlaşmalar hukukunu yöneten ilkeler, bu minvalde, temelde, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi hükümleri olarak

⁶ Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. FITZMAURICE Malgosia, "Treaties", in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraflar: 11 ilâ 13 via www.mpepil.com (Erişim Tarihi: 04/10/10). Öte yandan, neden 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'ne ihtiyaç duyulduğuna dair genel açıklama ve değerlendirmeler için bkz. SINCLAIR, 1984, s. 3-5.

⁷ Bkz. "Convention on Treaties", American Journal of International Law Supplement: Research in International Law, vol. 29, 1935, s. 1205-1207. Bu sözleşmeye günümüzde 11 devlet taraf konumundadır: Haiti (1955); Kosta Rika (1955); Ekvator (1955); Paraguay (1957); Meksika (1957); Brezilya (1957); Panama (1958); Dominika Cumhuriyeti (1961); Peru (1962); Uruguay (1967); Guatemala (1983). Bundan sonra kısaca 1928 tarihli Havana Sözleşmesi olarak anılacaktır.

⁸ Uluslararası hukukta antlaşmalar hukukuna dair bir diğer uluslararası antlaşma olarak evrensel nitelikli 1978 tarihli "Devletlerin Antlaşmalara Ardıllığı Viyana Sözleşmesi" zikredilebilecektir. Ancak, bu Sözleşme konuyla doğrudan ilgili olmadığı düşünüldüğü için kodifikasyon kısmında açıkça kendisine yer verilmemiştir. Bu Sözleşme'nin resmî metni için bkz. "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties", *United Nations-Treaty Series*, vol. 1946, no: 33356, 1996, s. 3-187. Anılan bu Sözleşme 6 Kasım 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüzde 23 devletin tarafı olduğu Sözleşme'ye Türkiye ise taraf değildir.

mütalâa edilebilecektir.⁹ Öte yandan, her ne kadar doğrudan pozitif hukuk olarak nitelendirilmese de, 1935 tarihli Harvard Taslağı'nın ilgili düzenlemesi ve bu düzenlemeye dair yer verilen yorumların da yol gösterici, kılavuz niteliklerinin inkâr edilemez bir değere sahip olduğu muhakkaktır. Bu sebeptendir ki, belirtilen tüm bu belgeler doğrudan uluslararası hukukta antlaşma tanımıyla veya en azından tanımın o yönü ile meşgul oldukları için bu başlık altında öncelikli olarak ele alınacaktır.

Yukarıda ele alınacağı belirtilen belgelere ilâve olarak ise, yine uluslararası bir antlaşmanın yazılı olmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesinde doğrudan etkiye sahip olmasa da bazı düzenlemelerin, en azından asgarî düzeyde belirleyici olduğunu düşündüğümüz için, o düzenlemelere de konuya ilişkin pozitif hukuk düzenlemelerinin irdelendiği bu başlık çatısı altında müteakip alt başlıkta yer verilmesi uygun görülmüştür.

⁹ Bununla birlikte, uluslararası hukukta günümüzde başlı başına bir alt dal konumunu teşkil eden antlaşmalar hukukunun temel metni olarak görülebilecek 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin, geniş anlamda bakıldığında, antlaşmalar hukukunun birçok hususunu düzenlemediği doktrin tarafından her daim sıklıkla vurgulanan bir durum olmuştur. Bu çerçevede, meselâ *Brazil* o güne kadarki en büyük kodifikasyon çalışması olarak nitelendirdiği 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin sınırlamalara tâbi olduğunu belirtip bunları uluslararası silâhlı anlaşmazlıkların etkisinin hiçbir biçimde belirlenmemiş olması, devletlerin antlaşmalara ardılığı, sadece yazılı antlaşmalara uygulanması ve devlet dışındaki diğer uluslararası hukuk kişilerinin de dâhil olduğu veya doğrudan bunlar arasındaki antlaşmaları düzenlememesi olarak sıralamıştır. Bkz. BRAZIL P., "Some Reflections on the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Federal Law Review*, vol. 6/2, 1975, s. 225-226. Ayrıca, bkz. SINCLAIR, 1984, s. 6. Zaman içerisinde, belirtildiği üzere, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin düzenlemediği bazı konularda başka anlaşmalar yapılmış olsa da (bkz. *supra* dipnot: 8 ve *infra* dipnot: 18), devam eden eksiklikler hâlen doktrin tarafından gündeme getirilip dillendirilmektedir. Bu minvalde, örneğin *Hollis*, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin tüm antlaşma türlerini ve onlardan kaynaklı sorunları düzenlemediğini, yine 1978 ve 1986 Sözleşmeleri'ne rağmen, başka uluslararası hukuk kişilerince antlaşmaların yapılması, hükümetler dışı örgütlerin antlaşma yapması veya antlaşmaların iç hukuklardaki etkileri gibi konularda düzenlemelerin açık olmadığını ifade etmektedir. Bkz. HOLLIS Duncan B., "Introduction", in *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd Edition, edited by Hollis, Oxford, 2020, s. 2-3.

A. Pozitif Hukukta Antlaşmaların Şekline Dair Doğrudan Düzenlemeler

Her ne kadar bölgesel nitelikli olup çok az sayıda devlet arasında yürürlüğü olsa da 1928 tarihli Havana Sözleşmesi'nin konuya dair düzenlemesi ile başlanması yerinde olacaktır. Bu minvalde, ilgili düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Yazılı şekil antlaşmaların temel koşullarından biridir*”.¹⁰

Devletler arasında yazılı antlaşmaları düzenleyen 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin konuya ilişkin temel düzenlemesi şu şekildedir: “*Antlaşma, ister tek veya iki veya daha fazla belgeden oluşsun ve hedefi ne olursa olsun, uluslararası hukuka tâbi yazılı şekilde olan devletler arasındaki uluslararası bir anlaşmadır*”.¹¹ Bu düzenlemeden de açıkça görüldüğü üzere, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi uluslararası antlaşmaların yazılı şekilde olmasını düzenlemiştir.¹² 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin bu düzenlemesi temel alındığında, bu makalenin konusunun, daha analizi başlamadan nihâi bir sonuca bağlandığı düşünülebilecektir. Oysa her ne kadar 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin konuya ilişkin esas hükmünde yazılı olmak

¹⁰ 1928 tarihli Havana Sözleşmesi m. 2/1.

¹¹ 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 2/1(a). Uluslararası hukuk çerçevesinde antlaşmanın tanımına dair bkz. *supra* dipnot: 5.

¹² Hemen belirtilmelidir ki, bir antlaşmanın yazılı olması hususu çerçevesinde, yazılılığın şeklinin nasıl olacağı veya ortaya çıkması gerektiği konusunun da açık olmadığı belirtilmelidir. Nitekim doktrinde yazarlar da bu hususun altını çizmektedir. Meselâ *Klabbers*, bir yanda *Brierly*'nin yazılı olarak kaydedilmeden daktiloyu, basımı veya başka bir biçimde sürekli bir kaydın anlaşılacağını belirttiğinin altını çizmiştir. Bkz. *KLABBERS*, 1998, s. 50. Benzer şekilde, *Aust* yazılılığın daktilo edilmiş veya basılmış olmaya işaret edebileceğini belirtmiş ve bu minvalde yazılılık sürekli ve okunabilir bir şekilde olmak kaydıyla telegram, teleks, faks mesajı ve hattâ e-maile ile sağlanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. *AUST*, 2000, s. 16; *AUST*, 2008, s. 19. *Villiger* da elle yazılmış belgeler de dâhil olmak üzere daktilo ile yazılmış veya basılmış belgelerden bahsetmiş, bunlara teleks, faks ve e-mailleri de eklemiştir. Bkz. *VILLIGER*, s. 80. Bu çerçevede, eski dönemlerde uluslararası antlaşmaların genelde bir parşömen üzerine ve elle yazıldığı ancak durumun baskı makinelerinin ve daktilonun icadıyla birlikte değiştiği ve bundan sonra yazılı antlaşmaların basılı belgeler şeklinde gerçekleştiği belirtilmiş; bu konudaki ilk örneğinde 13 Mart 1878 tarihli Berlin Antlaşması olduğu ifade edilmiştir. Bkz. “Article 5. Form of a Treaty: Comment”, *American Journal of International Law Supplementary: Research in International Law*, vol. 29, 1935, s. 727-728.

tan bahsedilmiş olsa da müteakip maddede yâni 3'üncü maddede şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: “Bu Sözleşme'nin devletlerle uluslararası hukukun diğer kişileri arasında veya uluslararası hukukun bu yönlü diğer kişilerinin arasında akdedilen uluslararası antlaşmalara veya yazılı şekilde yapılmayan anlaşmalara uygulanmaması: a) bu gibi anlaşmaların hukukî gücünü; ... etkilemeyecektir”.¹³ Düzenlemenin de açıkça ortaya koyduğu üzere, uluslararası alanda, yazılı olmayan anlaşmaların da söz konusu olduğu ve 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde bu tür anlaşmaların düzenlenmemesinin onların gücünü etkilemeyeceği açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Hükmün bu açıklığı esasen bu konudaki soruları da ortadan kaldırır niteliktedir. Nitekim konuya ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda gerçekleştirilen tartışmalar ve getirilen teklifler, bunların kabul edilmeyişi¹⁴, uluslararası hukukun yazılı olmayan anlaşmalara cevaz verdiğini ortaya koymaktadır.¹⁵ *Klabbers*, nihayetinde, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde yazılı anlaşmalara yer verilmemesinin nedeninin tamamen pratik sebeplere dayandığını; sözlü anlaşmalarda imza ve onayın zorluğu, tescilin imkânsızlığı bir kenara sözlü ve yazılı antlaşmalar arasındaki farkın büyüklüğü karşısında bunların tek bir belgede ele alınmasının mümkün olmamasıyla açıklamıştır.¹⁶ Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu

¹³ Hemen ifade edilmelidir ki, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde 3'üncü madde bu yönlü, yâni sözlü anlaşmalara dair düzenleme getiren tek hüküm değildir. Sözlü anlaşmalara ilişkin olarak *Reuter* 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin maddeleri arasından şu maddeleri sıralamaktadır: 11, 12/1(b), 12/1(c), 13(b), 14/1(b), 14/1(d), 15(b), 15(c), 24/2, 25/1(b), 25/2, 28, 29, 31/2(a), 31/3(a), 36, 37, 39 vd. Bkz. REUTER, s. 31. Bu sıralama, fark edileceği üzere, sınırlandırıcı niteliği haiz değildir.

¹⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu kapsamında konuya dair gelişmelere ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. WIDDOWS Kelvin, “On the Form and Distinctive Nature of International Agreements”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 7, 1981, s. 114-116.

¹⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu Antlaşmalar Hukukuna dair 1966 tarihli son Taslak'a dair yaptığı yorumda, açıkça, ilgili Sözleşme Taslak'ının yazılı antlaşmaları düzenlemesinin uluslararası hukukta sözlü anlaşmaların hukukî gücünü inkâr veya Sözleşmenin ilerleyen maddelerinde yer verilen bazı temel hükümlerin sözlü anlaşmalarla ilgisi olmayacağı anlamını taşımadığını vurgulamaktan da geri kalmamıştır. Bkz. “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries”, *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, 1966, s. 189 paragraf: 7.

¹⁶ Bkz. KLABBERS, 1998, s. 50. Benzer şekilde, *Fitzmaurice*, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin bu yönlü düzenlemesini elverişlilik ve açıklık zaruretine dayandırmıştır.

da konuya ilişkin olarak “açıklık ve basitlik adına antlaşmalar hukukuna ilişkin taslak maddelerinin yazılı şekildeki anlaşmalara hasredildiğini” vurgulamıştır.¹⁷

Konuya dair diğer bir temel düzenlemeye 1986 tarihli Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasında veya Uluslararası Örgütler Arasında Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi¹⁸ çerçevesinde yer verilmiştir: “Antlaşma, ister tek veya iki veya daha fazla belgeden oluşun ve hedefi ne olursa olsun, (i) bir veya daha fazla devlet ile bir veya daha fazla örgüt arasında veya (ii) uluslararası örgütler arasında uluslararası hukuka tâbi yazılı şekilde olan devletler arasındaki uluslararası bir anlaşmadır”.¹⁹ 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi’ne dair açıklamalar genel olarak burada da geçerlidir. Bu minvalde de, bir tekrardan kaçınılacaktır. Ancak belirtilmelidir ki, nihayetinde 1986 tarihli Viyana Sözleşmesi’nin metni, genel olarak 1969 tarihli

Bkz. FITZMAURICE Malgosia, “The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 73, 2003, s. 149. Ayrıca, bkz. VILLIGER, s. 80; AKSAR Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı*, Ankara, 2021, s. 119.

¹⁷ Bkz. ‘Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries’, s. 189 paragraf: 7.

¹⁸ 21 Mart 1986 tarihinde imzalanan Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasında veya Uluslararası Örgütler Arasında Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi henüz yürürlükte değildir. Sözleşme metni için bkz. “Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations” via https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.129_15-E.pdf (Erişim Tarihi: 01/10/21). Bundan sonra kısaca *1986 tarihli Viyana Sözleşmesi* olarak anılacaktır. 1986 tarihli Viyana Sözleşme’nin 85’nci maddesine göre Sözleşme’ye devletlerin yanı sıra uluslararası örgütler de taraf olabileceklerdir. Bu çerçevede, 1986 tarihli Viyana Sözleşmesi’nin 45 tarafı olmasına karşılık bunlardan sadece 32’si devlettir. Sözleşme’nin yürürlüğe girebilmesi içinse 35 devletin onayına ihtiyaç duyulmaktadır. 1986 tarihli Viyana Sözleşmesi’ne dair daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. SYBESMA-KNOL Neri, “The New Law of Treaties: The Codification of the Law of Treaties Concluded between States and International Organizations or between Two or More International Organization”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 15/3, 1986, s. 425-452; GAJA Giorgio, “A ‘New’ Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: A Critical Commentary”, *British Yearbook of International Law*, vol. 58, 1987, s. 253-269. Ayrıca, bkz. KOLB, s. 21-24.

¹⁹ 1986 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 2/1(a).

Viyana Sözleşmesi'nin uluslararası örgütler gözetilerek revize edilmiş hâli niteliğindedir.²⁰

Bu düzenlemeler öncesinde²¹ 1935 yılında Harvard bünyesinde Antlaşmalar Hukukunun Kodifikasyonu için hazırlanan Taslak metnin 5'inci maddesinde ise şu şekilde bir düzenlemeye yer verildiği gözlenmektedir: “*Her ne kadar antlaşma, bu Sözleşmede kullanılan terim olarak, resmî bir belge olsa da hiçbir belirli şekil zarurî değildir*”. Ancak bu maddenin Taslak'ın 1'inci maddesi ile birlikte ele alındığında resmî belge nitelemesinin yazılılığı beraberinde getirdiği, Taslak'ın ilgili madde yorumunda açıkça

²⁰ Bu konuda meselâ *Sybesma-Knol* daha başından itibaren 1986 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin kapsamını oluşturacak antlaşmaların yazılı olması konusunda bir anlayışın olduğunu ki, bunun da 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin bu yöndeki benzer hükmeye denk geldiğini belirtmiş ve tıpkı 1969 Viyana Sözleşmesi'nde olduğu gibi burada da yazılı şeklin ne olduğunun tanımlanmasından kaçınıldığına, belki de bunun uluslararası örgütlerin yapısıyla da daha uyumlu olacağına düşünülmesine işaret etmiştir. Bkz. SYBESMA-KNOL, s. 438.

²¹ Antlaşmalar hukukuna kuralların kodifikasyonuna ilişkin 19'uncü yüzyılın sonlarında ve 20'ncü yüzyılın başlarında birçok özel karakterde, bilhassa uluslararası hukuk doktrininin önemli isimlerince ortaya konulmuş taslakların olduğu da belirtilmelidir. Bu taslaklar incelendiğinde, en azından bazılarında konuya dair hususlara da yer verildiği gözlenmektedir. Meselâ *Fiore*'nin Taslak çalışmasının 744'üncü maddesinde (esasen yazarın kitabının paragraf numaraları) antlaşma tanımı şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Yazılı olarak oluşturulan veya bir yükümlülük yaratmak veya hâlihazırda süregelen sonlandırmak veya değiştirmek amacıyla bağitlanan iki veya daha çok devlet arasındaki herhangi bir sözleşmeye antlaşma adı verilir*”. Buna karşılık, müteakip maddelerde *Fiore* (m. 768) sözlü anlaşmaların da geçerli olabileceğini belirtmiştir. Bkz. “Appendix 4: *Fiore's Draft Code*”, *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law*, vol. 29, 1935, s. 1212. Ayrıca, bkz. *infra* dipnot: 89. *Field*'in konuya ilişkin taslak çalışmasının 188'inci maddesinde şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: “*Bu kanunda kullanıldığı şekliyle antlaşma tanımı, uluslararası hak veya ilişkileri kuran, sonlandıran veya başka bir biçimde etkileyen bir edimin yerine getirilmesi veya iptali için iki veya daha fazla ulus arasında yazılı bir anlaşma anlamına gelir*”. Bkz. “Appendix 2: *David Dudley Field's Draft Code*”, *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law*, vol. 29, 1935, s. 1207. Amerikan Hukukçuları Uluslararası Komisyonunun 1927 tarihli konuya ilişkin taslağının 2'nci maddesinde şu şekilde bir belirleme yapılmıştır: “*Antlaşmalar yazılı olmak zorundadır. ...*”. Bkz. “Appendix 5: *Draft of the International Commission of American Jurists*”, *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law*, vol. 29, 1935, s. 1222.

yer verilen bir husus olmuştur.²² Böylece, her ne kadar söz konusu Taslak'ın bütünsel değerlendirilmesi sonucunda antlaşmaların yazılılığının söz konusu edilmiş olduğu görülse de, Taslak maddelerin resmî yorumu incelendiğinde uluslararası antlaşmalar hukuku çerçevesinde sözlü antlaşmaların olabilirliğinin yine de bir şekilde ortaya konulduğu fark edilmektedir.²³

B. Pozitif Hukukta Antlaşmanın Şekline Dair Bazı Zımnî Düzenlemeler

Genel anlamda uluslararası antlaşmalar hukuku çerçevesinde bakıldığında, bazı hususlar, açık bir biçimde şekle dair olmasa da şekil ile ilgili gerekler ortaya koydukları için değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, akla ilk gelen, uluslararası antlaşmaların tescili hususu olmaktadır.²⁴ Bilindiği üzere, I. Dünya Savaşı sonrası akdedilen 1919 tarihli Milletler Cemiyeti Misaki'nda Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Wilson tarafından 14 Nokta Belgesinde önerilmiş olan ve gizli antlaşmaların yapılmasının önüne geçilmesi amacını ihtiva eden tescil müessesesi getirilmiştir.²⁵ İlgili bu düzenlemeye göre, Milletler Cemiyeti üyesi devletler yapmış oldukları antlaşmaları Cemiyet'e tescil ettirmek zorundadır, aksi takdirde antlaşmaların bağlayıcı olmayacağı düzenlenmiştir.²⁶ Buna karşılık, bu kurala yaygın bir biçimde uyulmadığı görülmüştür. 1928 tarihli *Pablo Nájera Dâvası*'nda²⁷ Meksika'nın Fransa'nın antlaşmayı tescil ettirmediğinden

²² Bkz. 'Article 5. Form of a Treaty: Comment', s. 732.

²³ Bkz. *ibid.* 728-732.

²⁴ Ele alınan tescil prosedürleri haricinde eski zamanlara dair tescil hususlarına ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. VERZIJL Jan Hendrik Willem, *International Law in Historical Perspective: Juridicial Facts as Sources of International Rights and Obligations*, vol. 6, Leyden, 1973, s. 248-250.

²⁵ Bkz. DETTER Ingrid, *Essays on the Law of Treaties*, Stockholm, 1967, s. 37; VERZIJL, s. 250; ELIAS Olufemi T., *The Modern Law of Treaties*, Leiden, 1974, s. 224.

²⁶ Milletler Cemiyeti tescil sistemine dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. HUDSON Manley O., "The Registration and Publication of Treaties", *American Journal of International Law*, vol. 19/2, 1925, s. 273-292; BRANDON Michael, "The Validity of Non-Registered Treaties", *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, s. 186-190; VERZIJL, s. 250-253.

²⁷ 1928 tarihli *Pablo Nájera Dâvası* için bkz. GREEN Leslie C., *International Law through the Cases*, 2nd Edition, London, 1959, s. 499-505.

dolayı antlaşmanın bağlayıcı olmadığı yönlü iddiası, Mahkeme tarafından tescile dair 18'inci maddesinin genel bir hukuk kuralı teşkil etmediği ve üye bir devletin hukukî kapasitesini sınırlayacak şekilde yorumlanamayacağı gerekçeleriyle reddedilmiştir.²⁸

Tescil sistemi Birleşmiş Milletler sistemi dâhilinde de öngörülmüştür.²⁹ Ancak, Birleşmiş Milletler bünyesindeki tescil sistemi, Milletler Cemiyeti düzenlemesinden farklı olarak, tescili, antlaşmaların bağlayıcılığına dair bir koşul olarak ele almamıştır. Buna göre, üye devletlerin³⁰, bağtlandıkları antlaşmaları mümkün olan en kısa sürede tescil ettirmeleri söz konusu edilmiştir.³¹ Tescil ettirilmeyen antlaşmalar Birleşmiş Milletlerin organları önünde taraflarınca ileri sürülemeyecektir.³²

²⁸ Bu konuda bkz. BRANDON, s. 188-189; DETTER, s. 40.

²⁹ 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı m. 102 şu şekilde kaleme alınmıştır: "1. İşbu Antlaşma'nın yürürlüğe girmesinden sonra, Birleşmiş Milletlerin herhangi bir üyesi tarafından yapılan her uluslararası sözleşme ya da anlaşma, mümkün olan en kısa sürede Sekreteryada kütüğe işlenecek ve Sekreteryaya tarafından yayımlanacaktır.

2. İşbu maddenin 1'inci fıkrası hükümleri uyarınca kütüğe işlenmemiş bir uluslararası sözleşme ya da anlaşmanın taraflarından herhangi biri, söz konusu sözleşme ya da anlaşmayı Birleşmiş Milletlerin bir organı önünde ileri süremez".

³⁰ Üye devletler dışında üye olmayan devletlerin bu sisteme tâbi olup olmadığı da gündeme getirilmelidir. Üye olmayan devletlerin bu sistemi kullanabilecekleri doktrinde açıkça kabul edilmektedir. Bkz. KELSEN Hans, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, 1951, s. 697; DETTER, s. 42; REUTER, s. 71; PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap*, 14. Bası, Ankara, 2017, s. 166. Bunun dışında, Birleşmiş Milletler ve Uzmanlık Örgütlerinin gerçekleştirdikleri antlaşmalar için de tescil sistemini kullanabileceklerinin kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. REUTER, s. 71; PAZARCI, 2017, s. 166. Ayrıca, bu konuda Birleşmiş Milletlerin ilgili kararları da bakılabilir. Meselâ sırasıyla bkz. 1.12.1949 tarih ve 364 B(IV) sayılı Genel Kurul Kararı & 12.12.1950 tarih ve 482(V) sayılı Genel Kurul Kararı via [https://undocs.org/en/A/RES/364\(IV\)](https://undocs.org/en/A/RES/364(IV)) (Erişim Tarihi: 20/10/21); [https://undocs.org/en/A/RES/482\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/482(V)) (Erişim Tarihi: 20/10/21).

³¹ Tescil ettirme hususunun ilgili devletlerin takdir yetkisinde olduğu doktrin tarafından işaret edilen önemli unsurlardan biri konumundadır. Bkz. DETTER, s. 43.

³² 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı kapsamında getirilen tescil düzenlemesinin bir yanda antlaşmaların bağlayıcılığına etki etmemesi, diğer yanda sadece Birleşmiş Milletler organları önünde ve taraflarınca ileri sürülememesi, doktrinde, *haklı olarak*, tescil edilmeyen antlaşmaların Birleşmiş Milletlerin organları tarafından bilhassa da Uluslararası Adalet Divanı tarafından re'sen dikkate alınabileceği yorumlarını da beraberinde getirmiştir. Bkz. BRANDON, s. 193; PAZARCI, 2017, s. 167-168; TÜ-TÜNCÜ *et al.*, s. 114-115. *Sur* ise, bu konuyu gündeme getirerek yine de kesin bir

İster Milletler Cemiyeti sistemi bazında, ister Birleşmiş Milletler sistemi dâhilinde olsun tescil sisteminin konumuzu ilgilendiren kısmı, kuşku yoktur ki, tescilin yazınlığı zorunlu kılıp kılmaması hususunda düğümlenmektedir. Bir antlaşmanın tescil edilebilmesi, kuşkusuz, onun yazılı olmasına bağlı olacaktır. Özellikle Milletler Cemiyeti düzenlemesinde tescilin antlaşmaların geçerlilik koşulu olarak öngörülmüş olması zımnen yazınlığa ilişkin bir zorunluluk getirildiğinin düşünülmesine sebep olabilecektir. Ancak, belirtildiği üzere, devletler arasında bu kural uygulanmamıştır. Zaten, Milletler Cemiyeti sistemi artık günümüzde geçerli değildir. Birleşmiş Milletler sisteminde ise, tescil antlaşmanın geçerlilik şartını teşkil etmemekte, hattâ Birleşmiş Milletler önünde taraflarca öne sürülememesi hükmü karşısında, tescil ettirilmeyen uluslararası anlaşmaların Birleşmiş Milletler organlarınca re'sen göz önüne alınmasına engel oluşturmamaktadır. Bunun da ötesinde, tescile ilişkin düzenlemeler yazılı olmayan anlaşmaları yasaklayan bir hükmü ihtiva etmemekte ve bu tür sözleşmelerin geçerliliğini etkileyecek bir düzenleme de getirmemektedir.³³

II. Uluslararası Antlaşmaların Şekline Dair Devletlerin Uygulamaları ve Tutumları

Devletlerin, en azından bir bölümünün, kendi hukuklarındaki bazı düzenlemelerden yine uluslararası antlaşmaların yazılı olmasının şekli bir zorunluluk olmadığı hususu çıkartılabilmektedir. Bu minvalde, konuya dair Amerika Birleşik Devletleri uygulamasını irdeleyen *Dalton*, her ne kadar sözlü anlaşmalar mutata olmasa ve 1969 tarihli Viyana Sözleş-

sonuca varılmadığını belirtmekten geri kalmamıştır. Bkz. SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 14. Baskı, İstanbul, 2020, s. 50.

³³ Nitekim doktrinde, meselâ *Qin* de 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi de antlaşmanın tanımına ilişkin 2'nci madde hükmü dâhil olmak üzere yaptığı genel değerlendirmede tescille ilgili düzenleme içeren sözleşmelerin ilgili bu hükümlerini de kapsayacak şekilde konuyu ele almış ve hiçbir düzenlemede sözlü anlaşmaların mevcudiyetinin inkâr edilmediğinin ve bağlayıcılıklarının sorgulanmadığının altını çizmiştir. Bkz. QIN Xiaocheng, "Oral International Agreements and China's Relevant Practice", *Chinese Journal of International Law*, vol. 4/2, 2005, s. 467.

mesi kapsamında bulunmasalar da, uygulamada bu tür anlaşmalara rastlanıldığını belirtmiştir.³⁴ İlâve etmek gerekir ki, Birleşik Devletler hukukuna³⁵ göre bu şekilde sözlü gerçekleştirilen anlaşmaların yazılı hâle getirilerek Kongreye sunulması da öngörülmüştür³⁶ ki, bu düzenleme Birleşik Devletler tarafından açıkça sözlü anlaşmaların uluslararası hukuk çerçevesinde tanındığını göstermektedir. Çin Halk Cumhuriyeti'nin uygulamalarında ise, oldukça nadir olsalar bile, sözlü anlaşma örneklerine rastlanıldığı belirtilmektedir.³⁷ Doktrin tarafından Japonya için normal bir uygulama olmadığı belirtilse de, bir devlet veya hükûmet temsilcisinin sözlü olarak da uluslararası anlaşma yapabileceği dile getirilmektedir.³⁸ İsviçre uygulamalarında anlaşmanın (yapılış) şeklinin hiçbir önemi olmadığı belirtilirken, sözlü anlaşmaların dahi muhtemelen uluslararası anlaşma olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir.³⁹ Kanada'da, en azından

³⁴ Bkz. DALTON Robert E., "National Treaty Law and Practice: United States", in National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 768.

³⁵ 1972 yılında kabul edilen ve nüvesini uluslararası anlaşmalardan Kongrenin haberdar edilmesi amacını oluşturan "*Case-Zablocki Kanunu*" hâlen yürürlüktedir.

³⁶ Bkz. BAXTER R.R., "International Law in 'Her Infinite Variety'", International & Comparative Law Quarterly, vol. 29/4, 1980, s. 554; AUST Anthony, "The Theory and Practice of Informal Instruments", International & Comparative Law Quarterly, vol. 35/4, 1986, s. 797-799; AUST, 2000, s. 7 ve s. 32-33; DALTON, s. 768; AUST, 2008, s. 9 ve s. 39-40; AYBAY Rona, Kamusal Uluslararası Hukuk, Ankara, 2011, s. 71 dipnot: 75; AYBAY Rona & ORAL Elif, Kamusal Uluslararası Hukuku, İstanbul, 2016, s. 70 dipnot: 50.

³⁷ Bkz. QIN, s. 474. Belirtilmelidir ki, *Qin*'in Çin Halk Cumhuriyeti'nin bu konudaki iç düzenlemelerini ayrıntılı biçimde inceleyerek, sözlü anlaşmaların yapılmayacağına ilişkin veya buna engel olacak bir kuralın bulunmadığı sonucuna ulaştığı gözlenmektedir. Buna karşılık, antlaşmalar hukuku çerçevesinde Çin Halk Cumhuriyeti'nin uygulamalarına ve mevzuatına dair ayrıntılı bir başka değerlendirmede ise, sözlü antlaşmalar veya daha geniş ifade etmek gerekirse yazılı olmayan antlaşmalara dair bir açıklama veya değerlendirmede bulunulmadığı da vurgulanmalıdır. Bkz. XUE Hanqin & HU Zhiqiang & FAN Kun, "National Treaty Law and Practice: China", in National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 155-167.

³⁸ Bkz. KAWAKAMI Takao, "National Treaty Law and Practice: Japan", in National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh, edited Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 417.

³⁹ Bu açıklamalardan anlaşılana kadar İsviçre'nin tarafı olduğu sözlü bir uluslararası anlaşmanın yapılmadığıdır. Konuya ilişkin bkz. WILDHABER Luzius &

göründüğü şekliyle, uluslararası hukukta antlaşmaların yazılılık zarureti taşımadığı benimsenmiş olsa da, yine de en azından 2005'e kadar sözlü bir anlaşma yapılmadığı da ilâve edilmelidir.⁴⁰ Yine İngiltere'de bir uluslararası anlaşmanın yazılı şekilde formüle edilmiş olması zaruretinin olmadığı düşünülse ve her ne kadar sözlü anlaşmaların uluslararası alanda oldukça nadir var olduğu belirtilse de, İngiliz doktrininde anlaşmaların sözlü olmalarının onların hariç bırakılmaları anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir ve müteakiben ise İngiliz iç hukuku çerçevesinde anlaşmaların yürürlüğe girmesi kurallarının sözlü uluslararası anlaşmalara uygulanamayacağına işaret edilmiştir.⁴¹ Almanya'nın antlaşmalar çerçevesinde uygulamalarını değerlendiren yazarlar uluslararası hukukta sözlü anlaşmaların oldukça istisnâî durumlar çerçevesinde çok seyrek olarak görüldüğünü belirtmek suretiyle sözlü anlaşmaların Almanya tarafından dışlanmadığı izlenimini açıkça ortaya koymuşlardır.⁴² Hollânda uygulamasını değerlendiren *Bouwer* teoride uluslararası antlaşma kavramının sözlü anlaşmaları da kapsadığına, ancak ülkesinin antlaşmalara ilişkin uygulamasında sözlü anlaşmaların oldukça nadir görüldüğüne dikkat çekmiştir.⁴³

SCHEIDEGGER Adrian & SCHINZEL Marc D., "National Treaty Law and Practice: Switzerland", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 643. Ancak yazarların da belirttiği üzere, muhtemelen böyle bir durum yaşansa, sözlü anlaşmanın İsviçre nezdinde geçerli olacağı hususudur.

⁴⁰ Bkz. CAPITHORNE Maurice, "National Treaty Law and Practice: Canada", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 93.

⁴¹ Bkz. SINCLAIR Ian M. & DICKSON Susan J. & MacIVER Graham, "National Treaty Law and Practice: United Kingdom", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 730. Nitekim *McNair* de, eserinde, İngiliz hukuku ve uygulamasında uluslararası bir taahhüdün bağitlanmasında herhangi belirli bir şeklin öngörülmemiş olduğunun altını çizmiştir. Bkz. McNAIR, s. 7.

⁴² Bkz. BEEMELMANS Hubert & TREVIRANUS Hans D., "National Treaty Law and Practice: Federal Republic of Germany", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 317 dipnot: 1.

⁴³ Bkz. BOUWER Jan G., "National Treaty Law and Practice: The Netherlands", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 486. Benzer şekilde, *Aust* da Hollânda Hükümetinin uluslararası alanda bağlayıcılık taşıyan her türlü belgeyi şekli ve adı ne olursa olsun antlaşma olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Bkz. AUST,

2005 yılında yapılan diğer bir değerlendirmede *Lapidoth* sözlü anlaşmalara her ne kadar uluslararası hukukta bağlayıcı olsalar da günümüzde oldukça nadir rastlandığında işaret etmiş ve İsrail'in 1972 tarihli hâlihazırda kullanılan düzenlemelerinde uluslararası anlaşmaların yazılı olanlarla sınırlandırılmadığını belirtmiş; ancak yeni düzenlemede büyük olasılıkla bu hususun değiştirileceğine de dikkat çekmeyi ihmal etmemiştir.⁴⁴

Belirtilen tüm bu örnekler karşılık, bazı devletlerin uygulamalarına bakıldığında aksine bir tutumun söz konusu olduğu gözlenmektedir.⁴⁵ Kolombiya hukukunda, açık bir biçimde, uluslararası anlaşmaların sözlü yapılamayacağı kabul edilmişken, bu durum Kolombiya devletinin memurlarının ve vatandaşlarının Resmî Gazete'de usûlüne uygun şekilde yayınlanmayan kuralları gözetmekle yükümlü olmadıkları şeklinde gerekçelendirilmiştir.⁴⁶ Güney Afrika uygulamasında da uluslararası antlaşmalar için, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi genel tanımına da uygun olarak, devletler arasında ve yazılı olarak yapılması şartının arandığı; bu minvalde de sözlü anlaşmalara dair bir düzenlemeye hiçbir biçimde gi-

1986, s. 796. Ancak, ilâve edilmelidir ki, *Bouwer*, 1983 tarihli Anayasa revizyonunda o dönem hükümetinin varlıklarına ve içeriklerinin tespitine dair çıkabilecek sorunlardan ötürü sözlü anlaşmalara karşı çıktığını vurgulamayı ihmal etmemiştir. Bkz. BOUWER, s. 486. Ötesinde, bu konudaki Hollânda Hükümeti tavrına dair çıkarımlar için, meselâ vatandaşlara ilişkin doğrudan kural getiren ve onlar için doğrudan bağlayıcı hükümler koyan antlaşmaların, kendilerince bilinmesi açısından yayımlanarak yürürlüğe konulmalarına veya sadece yayımlanmalarına ilişkin tartışmalara bakılabilir. Bkz. ERADES Lambertus, "Promulgation and Publication of International Agreements and Their Internally Binding Force in the Netherlands", in *Varia Juris Gentium: Liber Amicorum Jean Pierre Adrien François*, edited by Bos *et al.*, Leyden, 1959, s. 93-99.

⁴⁴ Bkz. LAPIDOTH Ruth, "National Treaty Law and Practice: Israel", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 391. Ne yazık ki, yapılacağı belirtilen yeni düzenlemeye veya düzenlemelere tarafımızca ulaşamamıştır.

⁴⁵ Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 43.

⁴⁶ Bkz. CAVALIER Germán, "National Treaty Law and Practice: Columbia", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 196.

dilmediği ve bunun sonucunda da olası sözlü anlaşmaların yasal mesnetlerinin olmadığı ifade edilmiştir.⁴⁷ Hindistan uygulamasında ise, uluslararası alanda sözlü anlaşmalara başvurulmadığı vurgulanmaktadır.⁴⁸ Nepal Antlaşmalar Kanunu'nun (*Nepalese Treaty Act*) uluslararası anlaşmayı tanımlayan maddesinin iki veya daha çok devlet arasında veya bir devletle uluslararası örgüt arasında ismi ne olursa olsun yazılı şekilde bağitlanan anlaşma şeklinde kaleme alındığı ifade edilmektedir.⁴⁹

Türkiye'nin anayasal düzenlemeleri çerçevesinde konuya ilişkin genel bir değerlendirmeye gidilecek olursa, 1982 Anayasası'nın hiçbir yerinde uluslararası antlaşmaların tanımlanmadığı görülmektedir. Böylelikle, şekle dair olumlu veya olumsuz bir belirlemeye gidilmediği mütalâa edilebilir. Nitekim 1961 TC Anayasası'nda da bu yönlü bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.⁵⁰ Ancak, kanımızca, Anayasa koyucunun antlaşmaların yapılışı bakımından ilke olarak farklı organları yetkilendirmek suretiyle geniş bir denetim imkânı yarattığı düşünüldüğünde ve bunun sonucunda da yazılılığın bu denetimi daha kolaylaştıracağı hesaba katıldığında, ancak çok istisnaî durumlarda yazılı olmayan anlaşmaların yapılabileceğinin ileri sürülebileceği, yine de bu konuya ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği ifade edilmelidir.⁵¹

III. Uluslararası Anlaşmaların Şekline Dair İçtihattan Örnekler

Uluslararası antlaşmalar hukukunda yazılı antlaşmalar dışında başta sözlü olmak üzere başkaca biçimlerde bağitlanan antlaşmaların olup olamayacağı sorunsalına başta uluslararası mahkemeler olmak

⁴⁷ Bkz. BOTHA N.J., "National Treaty Law and Practice: South Africa", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 583.

⁴⁸ Bkz. THAKORE K., "National Treaty Law and Practice: India", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 352.

⁴⁹ Bkz. SUBEDI, s. 204.

⁵⁰ 1961 tarihli TC Anayasası metni için bkz. BATUM Süheyl & YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, İstanbul, 1993, s. 24-90. Hemen ilâve edilmelidir ki, gerek 1961 gerek 1982 Anayasaları'nın konuya dair hükümleri paralellik taşımaktadır.

⁵¹ Konuya ilişkin karşılaştırma için bkz. PAZARCI, 1990, s. 162-163. Ayrıca, bkz. *infra* dipnot: 111.

üzere içtihatla nasıl yaklaşıldığı da eğer tabîî ki yaklaşılmış veya konu ele alınmışsa, değerlendirilmesi gereken bir diğer mecrayı teşkil etmektedir. Sonuçta, içtihatlar uluslararası bir hukuk kuralının var olup olmadığının belirlenmesinde ve eğer varsa bunun içeriğinin ne olduğunun ortaya konulmasında temel rol oynar.

Konuya dair Büyük Britanya ve Alman İmparatorluğu arasında vuku bulan Lamu Adası Uyuşmazlığına dair hakem *Baron Lambermont'* un verdiği karar oldukça ilginçtir. Baron, her ne kadar iki bağımsız devletin bağittadığı antlaşmalarda uluslararası hukukun özel bir şekil öngörmediğini belirtmiş olsa da, geri kalmış uluslarla yapılmış antlaşmalarda bu ulusların ancak resmî şekilde veya yazılı olarak gerçekleştirilmiş sözlerle yükümlü olduklarını kabul ettiklerini vurgulamıştır.⁵² Hemen ilâve edilmelidir ki, hakemin verdiği karara dair değerlendirmede bulunan *Klabbers*, Baron Lambermont'un kararının sebebini, bu minvalde, yükümlenilen hususlara ilişkin herhangi bir kanıt bulamamasına ve konuya ilişkin sadece dâvacının iddialarına isnat etmek zorunda olmasına dayandırılabilceğini ifade etmekten geri kalmamıştır.⁵³

Bugüne kadar konunun en temel olarak ele alındığı dâvalardan biri Ihlen Demeci'nin (*Ihlen Declaration*) değerlendirildiği 1933 tarihli Doğu Grönland Dâvası olmuştur.⁵⁴ Bilindiği üzere, ilgili dâvada, 14 Temmuz 1919 tarihinde Norveç nezdinde akredite olan Danimarka Elçisi Barış Antlaşması görüşmelerinde eğer Norveç Grönland üzerinde hak iddiala-

⁵² Bkz. "Article 5. Form of a Treaty: Comment", s. 731-732. Ayrıca, Ihlen Demeci ve söz verme ile ilgili olarak bkz. ECKART Christian, *Promises of States under International Law*, Oxford, 2012, s. 82 dipnot: 8.

⁵³ Bkz. KLABBERS, 1998, s. 50, dipnot: 71.

⁵⁴ Sözlü anlaşmalara dair uluslararası içtihat denilince doktrin tarafından öncelikle alınan dâva Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tarafından 1933 yılında karara bağlanan "Doğu Grönland'ın Hukukî Statüsü Dâvası" ve bu dâva kapsamında Ihlen Demeci olmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. GREIG, s. 451-454; WIDDOWS, 1981, s. 117-120; ECKART, s. 93-101; FITZMAURICE & MERKOURIS, s. 48-52; AKSAR, *Teoride ve Uygulamada ...*, s. 120. Genel inceleme ve değerlendirmeler bir yana Ihlen Demecinin açıkça sözlü anlaşma örneği teşkil ettiğine dair meselâ bkz. Buna karşılık, Ihlen Demeci'nin sözlü bir anlaşma olmadığını ifade eden yazarlar da vardır.

rında bulunmazsa, Danimarka'nın da Norveç'in Spitsbergen Adası üzerindeki iddialarına ilişkin zorluk çıkarmayacağını beyan ettiği takip edilmektedir. Bunun üzerine, dönemin Norveç Dışişleri Bakanı Ihlen 22 Temmuz 1919 tarihinde verdiği bir demeçte, özetle, Danimarka'nın iddialarına Norveç tarafından zorluk çıkarılmayacağını ifade etmiştir. Söz konusu dâvada⁵⁵, Divanın önündeki sorulardan biri Ihlen Demeci'nin hukukî niteliği olmuştur. Esasen Divan bu demecin hukukî niteliğini belirlemeden bir karara varmıştır. Divana göre⁵⁶, bir Dışişleri Bakanı olarak devletini bağlama yetkisini haiz Ihlen'in verdiği demeç karşılıklı veya bağımlı bir durum olmaksızın dahi hukukî etki yaratma gücünü haizdir. Ancak, Divanın konuya ilişkin şu belirlemesinin ele alınan husus açısından yine de dikkat çekici olduğu mütalâa edilebilir: "*Divan, yabancı bir gücün diplomatik temsilcisinin yaptığı talebe karşılık kendi yetkisi dâhiline giren bir konuda verdiği cevapta, kendi hükûmeti adına bir Dışişleri Bakanınca verilen bu yönlü bir cevabın Bakanın ait olduğu ülkeyi bağladığını düşünmektedir*".⁵⁷ Öte yandan, bu noktada bir parantez açılmak suretiyle, Ihlen Demeci'ne ilişkin doktrindeki genel değerlendirmelerden de kısaca bahsedilmesi uygun olabilecektir. Bu itibarla doktrinde bazı yazarların Ihlen Demeci'ni

⁵⁵ Dâvaya ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. PREUSS Lawrence, "The Dispute between Denmark and Norway over the Sovereignty of East Greenland", *American Journal of International Law*, vol. 26/3, 1932, s. 469-487; HUDSON Manley O., "An Important Judgment of the World Court", *American Bar Association Journal*, vol. 19/7, 1933, s. 423-425; HYDE Charles Cheney, "The Case Concerning the Legal Status of Eastern Greenland", *American Journal of International Law*, vol. 27/4, 1933, s. 732-738. Ayrıca bkz. von MUNCH Ingo, "Eastern Greenland Case", in *Encyclopedia of Public International Law: Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, vol 2, edited b Bernhardt, Amsterdam, 1991, s. 81-84; BOCZEK Boleslaw Adam, *Historical Dictionary of International Tribunals*, Lanham, 1994, s. 144-145.

⁵⁶ Hemen ilâve etmek gerekir ki, Danimarka'yı temsil eden hükûmet ajanlarından biri konumundaki Prof. *de Visscher*'in de kendi görüşüne göre ilgili bu Demecin bir antlaşma oluşturmadığını belirttiği takip edilmektedir. Bu minvalde de Visscher antlaşma olmadığını belirttiği bu Demecin esasta tek taraflı bir taahhüt, bir söz verme olduğuna işaret etmiştir. Bkz. ECKART, s. 95-96. Benzer şekilde Danimarka'nın dâvadaki bir diğer ajanı *Steglich-Peterson*'un da Demecin Norveç için bağlayıcılığını öne sürerken bunun tek taraflı bir işlem olduğunu iddia ettiği gözlenmektedir. Bkz. *ibid.*, s. 95.

⁵⁷ Bkz. "Legal Status of Eastern Greenland (*Denmark v. Norway*)", Judgment of April 5th 1933, s. 71 via www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 10/10/21).

sözlü anlaşma olarak nitelendirdiği görülürken⁵⁸, bazı yazarların ise Ihlen Demeci'ni tek taraflı irade beyanı olarak değerlendirdiği ve bu bağlamda belirlemelere gittiğine⁵⁹ işaret edilmelidir.

⁵⁸ Bkz. GARNER James W., "The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations", *American Journal of International Law*, vol. 27/3, 1933, s. 493-497 (Her ne kadar *Garner*'in ilgili bu makalede Demeç hakkında söz verme dâhilinde açıklamaları ve tespitleri olsa da (meselâ s. 496), makalenin geneline bakıldığında Demeç için esasen sözlü anlaşmayı kabul ettiği gözlenmektedir. Nitekim *Çağırın* da isabetli ve haklı olarak *Garner*'in karşı görüş bildiren *Anzilotti* gibi Ihlen Demeci'ni sözlü anlaşma olarak nitelediğine işaret etmiştir. Bkz. ÇAĞIRAN Mehmet Emin, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Ankara, 2005, s. 12); VERZIJL, s. 115 (Enteresan olan, *Verzijl*, bir önceki alt başlıkta, yâni tek taraflı hukukî işlemler başlığı altında Ihlen Demeci'ni bir söz verme örneği olarak göstermiştir. Bkz. *ibid.*, s. 108); GREIG, s. 454 (*Greig*, bu bağlamda, Divanın, Ihlen Demeci'ne tek taraflı bir bildirim bağlamında etki tanımaktan öte, esasen iki devlet arasındaki ilişkinin karşılıklı oluşuna bağlı bir karara hükmettiği hissini hasıl olduğuna işaret etmiştir); HILLIER Tim, *Sourcebook on Public International Law*, London, 1998, s. 126; GARDINER, s. 62; WOLFE James H., *Modern International Law: An Introduction to the Law of Nations*, New Jersey, 2002, s. 154; KASSOTI Eva, "Unilateral Legal Acts Revisited: Common Law v. Civil Law Approaches and Lessons from the International Law Commission's (Failed) Attempt to Codify Unilateral Acts of States", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 26, 2013, s. 190 dipnot: 118; WITTICH Stephan, "The PCIJ and the Modern International Law of Treaties", in *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, edited by Tams & Fitzmaurice, Leiden, 2013, s. 117; LOWE Vaughan A., "The Law of Treaties; or, Should This Book Exist?", in *Research Handbook on the Law of Treaties*, edited by Tams & Tzanakopoulos & Zimmermann, Cheltenham, 2014, s. 14; RASULOV Akbar, "Theorizing Treaties: The Consequences of the Contractual Analogy", in *Research Handbook on the Law of Treaties*, edited by Tams & Tzanakopoulos & Zimmermann, Cheltenham, 2014, s. 105-106 (Hemen belirtmelidir ki, *Rasulov*, genel olarak doktrinin bu konuya ilişkin görüşlerinin uyuşmaması üzerinde durmuştur); CAŞIN Mesut Hakkı, *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, İstanbul, 2020, s. 24.

⁵⁹ Meselâ bkz. O'CONNELL, s. 202-203. Yine, Ihlen Demeci'nin sözlü anlaşma yerine meselâ "söz verme" (*promise*) şeklinde tek taraflı bir işlem olduğunu dile getiren yazarlar da vardır. Meselâ bkz. LADOR-LEDERER Joseph J., "Legal Aspects of Declarations", *Israel Law Review*, vol. 12/2, 1977, s. 214 ve dipnot: 37; PAZARCI, 2017, s. 306-307; DEGAN Vladimir Djuro, "Unilateral Act as a Source of Particular International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, s. 197 ve 209 (*Degan*, bir yanda Ihlen Demeci'ne rızaya bağlı bir karakter atfetmenin hiçbir yararı olmayan saf bir kurgusallık olacağını belirtirken, müteakiben ve açıkça Danimarka'nın talebiyle konunun bir arada değerlendirilmesinde dahi iki ayrı ve paralel söz verme-tek taraflı hukuk işlemi olduğunu vurgulamaktan geri kalmamıştır). Ayrıca, Ihlen Demeci'ni farklı sınıflarda kategorize eden yazarlar için bkz. McNAIR, s. 9-10 ve s. 486-487; OTT David H., *Public International Law in the Modern World*, London, 1987, s.

Ancak konuya esas olacak hususa, anılan bu dâvada verilen karara dair yargıç *Anzilotti*'nin karşı görüş yazısında rastlanmaktadır. Bu çerçevede, *Anzilotti*, uyuşmazlığın Doğu Grönland üzerinde Norveç ve Danimarka arasındaki egemenliğe ilişkin olduğunu; Danimarka'nın konuya ilişkin bir talebi üzerine hükûmeti adına demeç veren Norveç Dışişleri Bakanı *Ihlen*'in bu demecinin dâvanın özünü oluşturduğunu ifade etmiştir. Yargıç, müteakiben, yapılması gereken ilk şeyin bu durumun taraflar arasında geçerli bir anlaşma oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi ve eğer öyleyse bu uyuşmazlığın çözümü için yapılması gereken öncelikli ve en önemli şeyin çözümün bu anlaşmada aranması olacağına işaret etmiştir.⁶⁰ *Anzilotti* karşı görüş yazısının sonucunda ele alınan konuya ilişkin şu şekilde önemli bir kanıya varmıştır: “*Tüm bunların sonucu, böylelikle, Danimarka Hükûmeti adına Oslo'daki Danimarka Elçisi ile Norveç Hükûmeti adına Norveç Dışişleri Bakanı arasında tamamen sözlü demeç vesilesiyle bir anlaşmanın bağitlanmasıdır. Bu anlaşmanın geçerliliği, öncelikle, sözlü şekline ve Dışişleri Bakanının yetkisine ilişkin sorgulanmaktadır. Şekle ilişkin, şu hususla başlanırsa, tüm tarafların bu demeçlerin varlığı ve meali üzerinde anlaşığı, ispat hususunun konu edilmediği vurgulanmalıdır. Böyle anlaşmaların geçerli olması için yazılı olması zaruretini öngören hiçbir uluslararası hukuk kuralının mevcut olmadığı görülmektedir*”.⁶¹

Uluslararası hukuk çerçevesinde sözlü anlaşmalara değinilen bir diğer dâva 2006 tarihli *Salini Construttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan Hakemliği*'nde verilen karar olmaktadır. Bu minvalde, hakem mercii, İtalyan Büyükelçinin iki devletin sorunu hakemliğe götürmelerine dair sözlü anlaşma yaptıklarını doğrulamaya yönelik iki mektubuna cevap verilmemesi sonucunda Ürdün'ün hakemliği kabul ettiğine yönelik bir anlaşmaya ulaşıldığı yönündeki iddiayı reddetmiş ve

191 (*estoppel*); SUR, s. 103-104 (*tanıma*). Öte yandan, *Ihlen Demeci*'nin dar anlamıyla kesinlikle tek taraflı bir işlem olarak mütalâa edilmeyeceğine dair bkz. SUY Eric, “Some Unfinished New Thoughts on Unilateral Acts of States as a Source of International Law”, *Journal for Juridical Science*, vol. 26/3, 2001, s. 3.

⁶⁰ Bkz. “Dissenting Opinion of M. *Anzilotti*”, 1933, s. 76 via www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_53/02_Groenland_Oriental_Opinion_Anzilotti.pdf (Erişim Tarihi: 10/10/21).

⁶¹ Bkz. *ibid.*, s. 91.

müteakiben de iki devlet arasında bu konuda sözlü bir anlaşmaya ulaşıldığının kanıtlanamadığına işaret etmiştir.⁶²

Konuya ilişkin son tespitlerden biri de Bolivya ve Şili arasındaki 2018 tarihli Pasifik Okyanusu'na Çıkışı Görüşme Yükümlülüğüne Dair Dâva'da Uluslararası Adalet Divanı tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesine atıfla uluslararası örf ve âdet hukukunun yazılı olmayan anlaşmaların da hukukî gücünü kabul ettiğini bildiren Divan, ilgili iradenin, şekli bir yana, hukukî bir yükümlülükle bağlanan tarafların bu niyetlerini ortaya koymasının gerektiğini ifade etmiştir.⁶³

Tüm anlatılanlar bağlamında, sözlü veya daha geniş anlamıyla yazılı olmayan uluslararası bir anlaşmaya dair doğrudan ilgili bir yargı kararı söz konusu olmasa da uluslararası yargıdaki mevcut değerlendirmeler, açıkça, en azından sözlü anlaşmaların uluslararası hukukun bünyesinde yasaklanmadığının ortaya konulduğunu göstermektedir.

IV. Uluslararası Anlaşmaların Şekline Dair Doktrinin Yaklaşımı

Doktrinde, genel olarak, uluslararası anlaşmaların yapılmasında şekil açısından bir zorunluluğun olmadığı belirtilmiştir.⁶⁴ Meselâ *Phillimore* anlaşmalarında rızanın çok çeşitli şekillerde verilebileceğini ifade ederken, bazı yazarların rıza bildirimini yazılı yapılması şeklindeki görüşlerini, her ne kadar yazılılık mutad ve en uygun şekil olarak

⁶² Bkz. "Award of Salini Construttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan", ICSID Case No. ARB/02/13, January 31 2006, paragraflar: 98 & 100 via www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0737.pdf (Erişim Tarihi: 10/10/21).

⁶³ Bkz. "Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (*Bolivia v. Chile*)" (Merits), Judgment of 1 October 2018, s. 540 paragraf: 97 via <https://icj-cij.org/public/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10/10/21).

⁶⁴ Öte yandan, *Jennings*'in, bir anlaşmanın tanımının yazılı metne indirgenip indirgenmesi sorunu bir yana, yazılı ve sözlü anlaşmalar arasındaki temel farkın tamamen öze ilişkin olduğunu belirttiği görülmektedir. Bkz. JENNINGS Robert Yewdall, "General Course on Principles of International Law", Recueil des cours, vol. 121, 1967-II, 1967, s. 530.

nitelendirilebilse de, antlaşmanın geçerliliği için vazgeçilmez bir koşul olmadığını belirterek eleştirmiştir.⁶⁵ Benzer şekilde *Hall'* a göre, her iki taraf için de açık biçimde rızanın olduğu anda antlaşma artık var olmuştur; bu minvalde rızanın şekli ise önemli değildir.⁶⁶ Yine, *Oppenheim*, uluslararası hukukun antlaşmaların zarurî bir şekli olarak tarif edilecek hiçbir kural içermediğini; böylelikle bir antlaşmanın taraflarının karşılıklı rızalarının açık bir şekilde ortaya çıktığı anda bağitlanmış kabul edileceklerini; yalnız bu tür rızanın açık olması gerektiğini, antlaşmalar için zımnî rızanın olmayacağını belirtmiş ve müteakiben bir antlaşmanın yazılı mı, sözlü mü yoksa işaretle mi gerçekleştirildiğinin önemi olmadığını vurgulamıştır.⁶⁷

Günümüz doktrinde de bu yönlü görüşün, daha açık ifadesiyle antlaşmalar hukukunda ilke olarak bir antlaşmanın şekle tâbi olmadığı görüşünün ağırlıklı olarak kabul edildiğini ifade edebiliriz. Nitekim *Kelsen* 1959 tarihli eserinde antlaşmalara dair genel açıklamalarda bulunurken antlaşmanın irade uzlaşısı olduğuna değinmiş ve müteakiben bu uzlaşının işaretlerle, söz veya yazılarla ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁸ *Reuter* bu çerçevede, iradenin çeşitli şekillerde ortaya konulabileceğine işaret ettikten sonra, her ne kadar yazılı şekil en mutad ve güvenli şekil olsa da, sözlü bildirim de iradenin açıklanması olarak mütalâa edileceğini belirtmiştir.⁶⁹ Antlaşmalar hukuku alanında önemli bir diğer eseri ortaya koyan *Klabbers* ise, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde yazılı antlaşmaların temel alınmasının tamamen pratik nedenlere dayandığının altını çizdikten sonra, uluslararası hukuk çerçevesinde devlet uygulamalarından da çıkartıldığı üzere sözlü antlaşmaların geçerliliğinin açıkça tanındığını vurgulamıştır.⁷⁰ Nihayetinde, yazar, bir antlaşmanın yazılı olup olmamasının onun bağlayıcılığı konusunda çok az şey söylediğine dikkat

⁶⁵ Bkz. PHILLIMORE Robert, Commentaries upon International Law, vol. II, Philadelphia, 1855, s. 61.

⁶⁶ Bkz. HALL William Edward, A Treatise on International Law, 4th Edition, Oxford, 1895, s. 344.

⁶⁷ Bkz. OPPENHEIM Lassa, International Law: A Treatise, vol I (Peace), 2nd Edition, London, 1912, s. 550.

⁶⁸ Bkz. KELSEN Hans, Principles of International Law, New York, 1959, s. 317.

⁶⁹ Bkz. REUTER, s. 30.

⁷⁰ Bkz. KLABBERS, 1998, s. 49-50.

çekmiştir.⁷¹ Bu tutuma ilişkin benzer yönlü açıklamaları çoğaltmak mümkündür.⁷² Bu minvalde, *Ross*, uluslararası hukukta antlaşmalar için belirli bir şeklin öngörülmediğinin altını çizerek 1933 tarihli Doğu Grönland Dâvası'nda basit sözlü bir bildirin bile bağlayıcı olabileceğinin belirtildiğine işaret etmiştir.⁷³ Yine *Gould* da antlaşmalar hukukuna dair açıklamalar yaparken bunların genelde yazılı olduklarına vurgu yapmış, ancak müteakip alt başlıkların birini de doğrudan sözlü anlaşmalara ayırmıştır ki, burada 1928 tarihli Havana Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemenin sözlü anlaşmaların bağlayıcı olmayacağı anlamına gelmediğine işaret etmiştir.⁷⁴ Antlaşmalar hukukuna dair en önemli eserlerde birini ortaya koyan *McNair* ise uluslararası hukukun uluslararası taahhütlerin yapılmasında ne şekli ne prosedürü tespit etmediğini, ancak belirli devletlerin anayasa hukuklarında her ikisinin de sıklıkla tespit edilmiş olduğunu vurgulamıştır.⁷⁵ Yine, *Detter* uluslararası hukukta antlaşmaların yazılı olması zorunluluğu olmadığını altını çizerek, sözlü anlaşma örneklerine ve prosedürlerine de yer vermiştir.⁷⁶ *Verzijl* ise, devletlerin arasındaki

⁷¹ Bkz. *ibid.*, s. 50.

⁷² Bazı yazarların kesin açıklamalar ortaya koymadıkları, bunun yerine belirli açıklamalarının uluslararası antlaşmaların sadece yazılı olmayabileceğini ortaya koyduğunu belirtmeliyiz. Meselâ *O'Connell* antlaşmayı ulusal hukuktan ayrı olacak şekilde uluslararası hukukça yönetilen devletler arasındaki bir anlaşma olarak tanımlarken, şeklin ve tutumun hukukî sonuçlarına hiçbir etkisi olmayacağını vurgulamıştır. Yazar müteakip açıklamalarında antlaşmaların sınıflarına dair tespitlerde bulunmuş ve bunlar arasında sözlü anlaşmalara da yer verirken dar anlamda ele alındığında sözlü anlaşmanın bir anlaşma olarak sınıflandırılmayacağını, ancak bunun uluslararası hukukta hiçbir öneminin olmayacağına anlamına gelmediğinin altını çizmiştir. Bkz. *O'CONNELL*, s. 195 ve s. 202. *Elias* ise, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin anlaşma tanımına dair getirdiği sınırlardan birinin "yazılı şekilde (olmak)" (*in written form*) olduğunu ifade etmiş, ancak bu şekilde bir düzenlemenin sözlü anlaşmaların çalışmasının konusunu teşkil eden antlaşmalar hukukunun dışında tutulacağı anlamını taşımadığını belirtmesine rağmen yine de eserinde genel anlamda uygunluk ve açıklık bağlamında sadece yazılı olan anlaşmaların ele alınacağını altını çizmiştir. Bkz. *ELIAS*, s. 14.

⁷³ Bkz. *ROSS Alf*, *A Textbook of International Law*, Ringkjøbing, 1942, s. 210.

⁷⁴ Bkz. *GOULD Wesley L.*, *An Introduction to International Law*, New York, 1957, s. 289 ve s. 303.

⁷⁵ Bkz. *McNAIR*, s. 6-7.

⁷⁶ Bkz. *DETTTER*, s. 26.

irade uzlaşısının sözlü dahi ifade edilebileceğini belirttiği görülmektedir.⁷⁷ *Bernhardt* da, bir antlaşmayı iki veya daha çok hukuk kişisi arasında bağitlanan, taraflarınca bağlayıcı olması için yapılan ve bağlayıcı olduğu düşünölen, en az bir tarafı için uluslararası hukuka tâbi olan rızaî bir anlaşma olarak tarif etmiş; antlaşmaların uluslararası hukukta bir şekle bağli olmadığını, her ne kadar 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde yazılılığa yer verilmiş olsa da örf ve âdet hukuku çerçevesinde sözlü ve hattâ işaretle bağitlanan anlaşmaların bağlayıcı olabildiğini, devlet uygulamalarında bu son türlerin önemli rol oynamasa da, genel antlaşma kavramından dışlanamayacaklarını ifade etmiştir.⁷⁸ Benzer şekilde, *Starke*, antlaşmaların bağitlandığı şeklin onların bağlayıcı niteliklerine hiçbir biçimde etki etmediğini belirtip, bu çerçevede yazılı olmalarının dahi bir zaruret kesp etmediğini dile getirmiştir.⁷⁹ *Aust*, antlaşmaların sözlü olmasının ne onların uluslararası hukukta geçerliliğini ne de 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nden bağımsız uluslararası hukuk kurallarının onlara uygulanmasını etkilediğini belirtmiş ve her ne kadar son derece nadir görölseler de devletler arasında sözlü anlaşmaların varlığının bilindiğine işaretle etmiştir.⁸⁰ *Wolfe* ise, antlaşmalar hukukuna dair birçok anlaşmazlığın olduğunu, anlaşmazlığın olduğu konular arasında antlaşma tanımının da yer aldığını belirttikten sonra 1933 tarihli Doğu Grönland'ın Hukukî Statüsüne İlişkin Dâvada Divanın Ihlen Demecini uluslararası taahhüt olarak nitelediğini, buna karşılık 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde ise yazılılığın zarurî kılınmış olduğunu vurgulamıştır.⁸¹ *Gardiner* de, her

⁷⁷ Bkz. VERZIJL, s. 115.

⁷⁸ Bkz. BERNHARDT Rudolf, "Treaties", in Encyclopedia of Public International Law: History of International Law-Foundations and Principles of International Law-Sources of International Law-Law of Treaties, vol. 7, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1984, s. 460. Bu yayının yeni basısında, bu sefer *Fitzmaurice* ise, uluslararası antlaşma tanımının 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nden çok daha geniş olduğunu; bu minvalde her ne kadar oldukça nadir görölseler de devletler arasında sözlü anlaşmaların yapıldığını ve bunların bağlayıcılıklarının uluslararası örf ve âdet kuralları çerçevesinde tanındığının altını çizmiştir. Bkz. FITZMAURICE, 2010, paragraf: 4.

⁷⁹ Bkz. STARKE Joseph Gabriel, Introduction to International Law, 10th Edition, London, 1989, s. 440.

⁸⁰ Bkz. AUST, 2000, s. 7; AUST, 2008, s. 9.

⁸¹ Bkz. WOLFE, s. 154.

ne kadar 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde antlaşmalar için yazılılık öngörülmüş olsa da, sözlü anlaşmaların taraflarını bağladığı örneklerle rastlandığını zikretmekten geri kalmamıştır.⁸² *Shaw*, uluslararası hukukta bir antlaşmanın mevcudiyeti için herhangi bir şekil zorunluluğu olmadığını altını çizmektedir.⁸³ Türk Hukukunda⁸⁴ meselâ *Sur* 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde antlaşmanın tanımına ilişkin olarak yazılılık unsurundan bahsedilmiş olursa da irade beyanlarını saptayan bir belgenin bulunmasının antlaşmaların geçerlilik koşulu olmadığını vurgulamıştır.⁸⁵ Uluslararası alanda sözlü anlaşmalara dair *Aksar*'ın yaptığı açıklamalarda da şu belirleme ön plâna çıkmaktadır: "... uluslararası antlaşmalar hukuku düzenlemeleri ve uluslararası hukuk kişilerinin uygulamaları dikkate alındığında, irade beyanlarının sözlü gerçekleştirildiği andlaşma örneklerine de, pek sık olmamakla birlikte, rastlanılmaktadır".⁸⁶

Yukarıda sıralanan tüm bu görüşlere karşılık, bazı yazarlar, bilhassa 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin ilgili düzenlemesini de vurgulayarak, öncelikle uluslararası antlaşmaların yazılı olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Ancak, bu yazarlar müteakip açıklamalarında sözlü anlaşmaların geçerli olacağı hususunu da açıklıkla dile getirmektedir. Bu minvalde Türk doktrininde *Tütüncü* ve meslektaşları, bir antlaşmayı diğer uluslararası anlaşmalardan ayıran hususun yazılılık olduğunu vurgulamışlardır.⁸⁷ Ancak, yazarlar, öncesinde genel olarak anlaşmayı tanımlayıp, uluslararası hukukta anlaşmanın yazılı veya sözlü olma gibi bir zorunluluğa tâbi olmadığını altını da çizmişlerdir.⁸⁸ Benzeri bir yaklaşıma 20'nci yüzyılın başında eserini ortaya koyan *Fiore*'de de rastlanmaktadır. *Fiore* uluslararası antlaşmaları tanımlarken yazılılığa açıkça bir koşul olarak yer vermiş, şekle ilişkin müteakip açıklamalarında ise evveli-

⁸² Bkz. GARDINER, s. 62.

⁸³ Bkz. SHAW Malcolm N., *International Law*, 8th Edition, Cambridge, 2017, s. 686.

⁸⁴ Ayrıca bu konuda bkz. AYBAY, s. 70-71; AYBAY & ORAL, s. 69-70; PAZARCI, 2017, s. 127. İlâveten bkz. CAŞIN, s. 24.

⁸⁵ Bkz. SUR, s. 24.

⁸⁶ Bkz. AKSAR, *Teoride ve Uygulamada ...*, s. 119.

⁸⁷ Bkz. TÜTÜNCÜ *et al.*, s. 77.

⁸⁸ Bkz. *ibid.* 72.

yatla uluslararası antlaşmaların yazılı olarak bağitlanması gerektiğini belirtmiş; ancak sonrasında zorlanmadan kanıtlanabilme ve bu kanıtla rahatlıkla ulaşılabilme koşullarıyla belirli konularda uluslararası yükümlülükleri yükleyebilmeye yetkili kişilerce akdedilen yazılı olmayan sözlü anlaşmaların da geçerli olabileceğine işaret etmiştir.⁸⁹ 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi tanımını ön plânda tutan yazarlardan *Ott* da, her ne kadar uluslararası hukukta bağlayıcılığı haiz sözlü anlaşmaların olması muhtemel olsa da, içeriklerinin ve taraflar için hukukî kesinliklerinin her daim sorgulanır nitelikte olabileceğine işaret etmiştir.⁹⁰

Öte yandan, doktrinde bazı yazarların yazılı olmayan belgelerin antlaşma niteliğine karşı çıktıkları veya en azından yazılılık dışındaki belgelere dair bir açıklama getirmediikleri de gözlenmektedir. *Rousseau*'nun antlaşma teriminin sözlü anlaşmaları kapsayacak şekilde genişletilmesine karşı çıktığının ve bu minvalde bir antlaşmayı "bir prosedür işlemi" (*une opération à procédure*) olarak mütalâa ettiğinin altı çizilmelidir.⁹¹ *Greig*, uluslararası antlaşmalara dair tanımın unsurlarını verirken, yazılılığın açıkça bunlardan biri olduğunu ifade etmiş; müteakiben de, her ne kadar kesin bir biçimde uluslararası hukukta antlaşmalar bağlamında yazılılığın bir zaruret olarak aradığının söylenemeyeceğine işaret etmiş olsa da, ispat sorunu bir yana, tamamen sözlü bir anlayışa ulaşılmasının tarafların resmî olarak bağlayıcı bir ayarlamaya girmek istemediklerinin bir kanıtı olduğunu da vurgulamıştır.⁹² *Boczek* de, bu kapsamda yer verilen diğer bazı yazarlar gibi, antlaşmalara dair açıklamalarda bulunurken sadece yazılılığın temel olduğuna işaret etmiştir.⁹³

Görüldüğü üzere, antlaşmalar hukuku genel çerçevesinde sözlü anlaşmaların varlığını açıkça tanıyan yazarlar bir yana, burada yazarların, esasen özünde yazılı olmayan uluslararası anlaşmaların geçerliliğine

⁸⁹ Bkz. FIORE Pasquale, *International Law Codified and Its Legal Sanction or the Legal Organization of the Society of States*, Translation from the 5th Edition by Borchard, New York, 1918, s. 328 ve s. 335, paragraflar 744, 764 ve 768. Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 21.

⁹⁰ Bkz. OTT, s. 190.

⁹¹ *Rousseau*'nun görüşlerinin aktarımına dair bkz. McNAIR, s. 9 dipnot: 1.

⁹² Bkz. GREIG, s. 451.

⁹³ Bkz. BOCZEK Boleslaw Adam, *The A to Z of International Law*, Lanham, 2010, s. 30.

veya antlaşmalar hukukunun temel kurallarının bunlara da uygulanabileceği hususuna karşı çıkmadıkları görülmektedir. Bu minvalde, yazarlar ya sadece temelde 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin düzeninden yola çıktıkları veya en azından sözlü anlaşmalar açısından ispat gibi pratik nedenler çerçevesinde konuyu ele alarak bir değerlendirmede buldukları mütalâa edilebilecektir.

Tüm bu anlatılanlara ilâve etmek gerekir ki, *Qin* de, yaptığı inceleme sonucu, iki farklı görüş açısından esasen sözlü anlaşmaların hukukî bağlayıcılığı konusunda ve dayandıkları uluslararası hukuk kuralına ilişkin bir ayrışım olmadığını; buna karşılık ilk görüşe göre sözlü anlaşmaların birer antlaşma olarak kabul edilerek genel olarak 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi kurallarının uygulanmasının savunulduğunu, ikinci görüşe göre ise sözlü anlaşmaların antlaşma olarak nitelendirilmediğini ancak yine de 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi kurallarının bunlar için de geçerli olacağını kabul edildiğini vurgulamıştır.⁹⁴

V. Yazılı Olmayan Uluslararası Anlaşmalara Dair Örnekler ve Değerlendirmeler

Antlaşmaların şekline dair pozitif hukuk kuralları, içtihat ve doktrin incelendikten sonra yazılı olmayan uluslararası anlaşma örneklerinin incelenmesi yerinde bir pratik olacaktır. Bu inceleme uluslararası hukukta yazılı olmayan şekilde anlaşma yapılıp yapılmadığını ve eğer yapıyorsa buna karşı tutumun ne olduğunu sergilemesi bakımından önemlidir. Yazılı olmayan uluslararası anlaşmalara ilişkin incelemeyi iki ana başlık altında toplamak uygun olacaktır: Sözlü anlaşmalar ve işaret yoluyla gerçekleştirilen anlaşmalar.

⁹⁴ Bkz. QIN, s. 470-471. Nitekim sözlü anlaşmaların uluslararası hukukta nadir de olsalar varlıklarını kabul eden *McNair* bile bunların "antlaşma" olarak nitelendirilmesinin büyük ölçüde "uygunsuz" (*inconvenient*) olacağını, bugüne kadar mevcut sistemin yazılılık üzerine kurulmuş olduğunu veya en azından böyle bir beklentinin bulunduğunu ve ağızdan çıkan sözler için onlara antlaşmalar gibi bir etkinin tanınmasının büyük güçlükleri beraberinde getireceğini ifade etmiştir. Bkz. McNAIR, s. 7. İlâve edilmelidir ki, yazar, müteakiben sözlü anlaşmaların siyasi olarak sakıncalardan da bahsetmeyi ihmal etmemiştir. Bkz. *ibid.*, s. 7-8.

A. Sözlü Anlaşmalara Dair Örnekler ve Değerlendirmeler

Uluslararası antlaşmalar hukuku alanında ilk sözlü anlaşma örnekleri arasında Pontus Kralı *Mithridates* ile Romalı General *Sulla* arasında M.Ö. 84 yılında bağtlanan anlaşmaya yer verilmektedir.⁹⁵ Doktrin tarafından sıklıkla zikredilen sözlü anlaşma örneklerinden biri de 870 yılında Cesur Charles ile Kral Ludwig arasındaki anlaşmadır.⁹⁶ 1559 tarihli Cateau-Cambrésis Antlaşmaları'nın görüşmeleri sırasında sonradan akdedilen iki Antlaşma harici, müzakerecilerin sözlü bir anlaşmaya vardıkları da iddia edilmektedir.⁹⁷ Bilinen bir diğer sözlü anlaşma örneği ise, Rus Çarı *Büyük Petro* ile Brandenburg Prensi *III. Frederick* arasında Pillau'da 1697 yılında yemin çerçevesinde bağtlanan mütteliklik anlaşması olmaktadır.⁹⁸ *McNair*, 1715-1716 tarihleri arasında vuku bulan Silezya Borç Hâdisesi olarak kayıtlara geçen taahhütleri sözlü anlaşma örneği olarak nitelendirmektedir.⁹⁹ 31 Ocak 1882 tarihli ticaret anlaşmasının uzatılmasına ilişkin Avusturya-Macaristan maslahatgüzarı ile Fransa Dışişleri Bakanı arasında 1883 yılında bağtlanan sözlü anlaşma bu konudaki diğer bir örneği teşkil etmektedir.¹⁰⁰ Amerikan vatandaşlarının Haiti'ye karşı şikâyetlerinin hakemliğe sunulmasına dair 25 Ocak 1885 tarihli sözlü tahkim de yine sözlü anlaşma örnekleri arasında doktrin tarafından gösterilmektedir.¹⁰¹ İcraî Anlaşmaların (*Executive Agreements*)¹⁰² her zaman yazılı

⁹⁵ Bkz. GARNER, s. 494; SCHMALENBACH Kirsten, "International Agreements not within the Scope of the Present Convention", in Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, 2nd Edition, edited by Dörr & Schmalenbach, Berlin, 2018, s. 57.

⁹⁶ Bkz. GARNER, s. 494; "Article 5. Form of a Treaty—Comment", s. 728; WIDDOWS, 1981, s. 117; SCHMALENBACH, s. 57.

⁹⁷ Bkz. GREWE Wilhelm G., The Epochs of International Law, Translated & Revised by Byers, Berlin, 2000, s. 155-156 ve s. 160.

⁹⁸ Bkz. OPPENHEIM, s. 551; "Article 5. Form of a Treaty—Comment", s. 729. Ayrıca bkz. GARNER, s. 494; DETTER, s. 26; WIDDOWS, 1981, s. 117; SCHMALENBACH, s. 57.

⁹⁹ Bkz. McNAIR, s. 7-8. Ayrıca, bkz. SATOW Ernest, The Silesian Loan and Frederick the Great, Oxford, 1915, s. 90-91.

¹⁰⁰ Bkz. BASDEVANT Jules, "La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités", Recueil des cours, vol. 15, 1927-V, 1927, s. 553 dipnot: 2; GARNER, s. 494.

¹⁰¹ Bkz. BASDEVANT, s. 553 dipnot: 2.

¹⁰² Bu minvalde, icraî anlaşmalar, en basit hâliyle, Amerika Birleşik Devletleri özelinde gündeme gelen ve bazı konuları Kongrenin müdahalesinden uzak tutarak doğrudan

olarak akdedilmediğine işaret eden *Hyde* de, bu minvalde, Dışişleri Bakanı *Root* ile Japonya Büyükelçisi arasında 1907 yılında Birleşik Devletler dâhilindeki Japon işçi göçüne dair sınırlandırmaya ve kontrole ilişkin anlaşmanın yazılı olarak yapılmadığına dikkat çekmiştir.¹⁰³ Konuya ilişkin bir diğer örnek 1936 yılında Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa arasında parasal konulara dair bir anlaşmanın telefon vasıtasıyla bağitlanmasına ilişkindir.¹⁰⁴ Örneği verilen uluslararası alandaki bir başka sözlü anlaşma, İspanyol devlet başkanı General *Franco* ile Portekiz devlet başkanı General *Salazar* arasında sözlü akdedildiği belirtilen askerî müdahaleye dair 23 Ekim 1949 tarihli anlaşmadır.¹⁰⁵ SSCB Bakanlar Konseyi Başkanı ile Federal Almanya Başbakanı arasında Eylül 1955 tarihinde Alman savaş esirlerinin dönüşüne izin verilmesi koşuluyla diplomatik ilişkilerin kurulması hususuna dair varılan sözlü anlaşma bu konudaki verilen bir diğer örneği teşkil etmektedir.¹⁰⁶ Öte yandan, 1969 yılında Çin Halk Cumhuriyeti Başkanı *Zhou en Lai* ile SSCB Başkanı *Kosygin* arasında akdedilen Beijing Havaalanı Müzakere Anlaşması'nın da sözlü anlaşma örnekleri arasında yerini aldığı belirtilmektedir.¹⁰⁷ Mısır ile İsrail arasında

Başkan tarafından daha hızlı bir biçimde hayata geçirilmesi için düzenlenen anlaşmalar olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte, uluslararası düzlemde “idarî anlaşmalar” (*administrative agreements*) olarak mütalâa edilen bazı anlaşmaların, genel olarak yükümlülük öngören nitelikleri olmadığı için her ne kadar hukukî statüleri tartışmalı olsa da, sözlü örneklerine rastlanmaktadır. Meselâ, Hollânda'nın Avusturya Büyükelçisi ile Avusturya'nın Gizli Servis Müdürü arasında Rus casusu olduğu iddia edilen bir kişinin yakalanması için sözlü anlaşmaya varılması bu konudaki örneklerden birini oluşturmaktadır. Bkz. KLABBERS, 1998, s. 21-22. Ancak, bu tür anlaşmaların, sözlü olup olmamaları ile ilgili husus bir yana, nitelikleri çerçevesinde uluslararası antlaşma olarak değerlendirilebilmelerinin oldukça güç olduğu ifade edilmelidir. Meselâ, yine bu konuya ilişkin örnekte de verilen Hollânda uygulamalarını içeren birtakım açıklamalar için bkz. AUST, 1986, s. 796.

¹⁰³ Bkz. HYDE Charles Cheney, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol II, Boston, 1922, s. 33 dipnot: 3 (dipnotun başlangıcı bir önceki sayfadan (32) başlamaktadır).

¹⁰⁴ Bkz. KLABBERS, 1998, s. 50 dipnot: 72. Ayrıca, bkz. GOULD, s. 304.

¹⁰⁵ Bkz. “Article 5. Form of a Treaty—Comment”, s. 729; WIDDOWS, 1981, s. 117; QIN, s. 472.

¹⁰⁶ Bkz. QIN, s. 472-473.

¹⁰⁷ 1969 tarihli Beijing Havaalanı Müzakere Anlaşması'nın bağitlanması başta olmak üzere bu anlaşma ile ilgili ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. QIN, s.

Sina Yarımadası'na dair anlaşma imzalanırken, ayrıca gizli bir sözlü anlaşmanın da bağitlandığı ifade edilmektedir.¹⁰⁸ Derin Deniz Yatağına Dair Belçika, İtalya, Hollânda, Kanada, SSCB arasında bağitlanan Anlaşmanın imza aşamasında Kanada Delegates tarafından yapıldığı dile getirilen ve katılan diğer tüm delegelerce de kabul edilen bir paragraflık sözlü bildirin de doktrinde bir sözlü anlaşma olarak nitelendirildiği gözlenmektedir.¹⁰⁹ Son olarak, *Seystersted*'in aralarında Dünya Sağlık Örgütü ve onun kabul edebileceği Tüzükler de dâhil olmak üzere, birçok uluslararası örgüt tarafından bünyelerinde kabul edilen belirli bazı düzenlemelerin sözlü anlaşma vasfında nitelendirilebileceğini ifade ettiğine işaret edilebilir.¹¹⁰

Konuya ilişkin olarak bir örnek de ülkemizden vermek mümkündür. Bu minvalde, uluslararası doktrin tarafından değinilen dönemin Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı *Nihat Erim* ile Amerika Birleşik Devletleri Başkanı *Nixon* arasında Türkiye'nin talep ettiği silâhların verilmesi ve yardımların yapılması karşılığında Türkiye'nin afyon üretiminin yasaklanacağına dair sözlü anlaşma ülkemiz açısından önemli bir örneği teşkil etmektedir.¹¹¹

Uluslararası antlaşmalar hukuku çerçevesinde sözlü anlaşma örneklerinden en yakın tarihlilerinden biri Danimarka Başbakanı ile Finlandiya Başbakanı arasında 1992 tarihinde telefon kullanılarak gerçekleştirilmiş olan anlaşma olmaktadır.¹¹² Büyük Kuşak'a Danimarka tarafından

474-476. İlâve edilmelidir ki, anılan bu Anlaşma'nın Çin Halk Cumhuriyeti makamlarınca çeşitli zamanlarda bağlayıcılığı açıkça kabul edilmiştir.

¹⁰⁸ Bkz. QIN, s. 473.

¹⁰⁹ Bkz. KIMBALL Lee A., "Belgium-Canada-Italy-Netherlands-Union of Soviet Socialist Republics: Agreement on the Resolution of Practical Problems with Respect to Deep Seabed Mining Areas, and Exchange of Notes between the United States and the Parties to the Agreement", *International Legal Materials*, vol. 26/6, 1987, s. 1508. Ayrıca, bkz. GAUTIER, s. 40 dipnot: 38.

¹¹⁰ Bkz. SEYERSTED Finn, *Common Law of International Organizations*, Leiden, 2008, s. 225-229.

¹¹¹ Bu örneğin aktarımına dair bkz. KOLB, s. 17.

¹¹² Buna karşılık, bazı yazarlar Finlandiya ve Danimarka Başbakanlarının telefonda ulaştıkları bu irade uyuşmasının sözlü bir anlaşma değil de sadece "siyasî bir taahhüt" (*a political commitment*) olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. HOLLIS Duncan B. &

yapılması plânlanan köprüye itiraz eden Finlandiya konuyu Uluslararası Adalet Divanına taşımış; dâvanın sözlü aşamasının başlamasından sadece 11 gün evvel iki devletin başbakanları telefonda bir anlaşmaya varmıştır. Bu bağlamda, belirli bir tazminat karşılığında, Finlandiya, dâvayı Uluslararası Adalet Divanının listesinden çekmeyi kabul etmiştir.¹¹³

Yukarıda sıralanan örneklerin de açıkça gösterdiği üzere, her ne kadar yazılı antlaşmalar kadar sık olmasa da, devletler arasında uluslararası sözlü anlaşmaların bağitlandığı fark edilmektedir. Ancak, verilen tüm bu örnekler bir kenara, uluslararası hukuk düzleminde sözlü anlaşmalara dair tartışılması gereken bazı hususlar söz konusudur. Bunlardan ilki ve hattâ en önemlisi, sözlü anlaşmanın da, tıpkı diğer uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi, tarafların açık bir biçimde bağlanma rızalarını ortaya koyması gereğidir.¹¹⁴ Bu çerçevede, devletlerini bağlamaya yetkili kişiler görüşme yaparlarken, kullandıkları dil ve ifadeler oldukça önem arz eder. Konuya dair meselâ 1905 yılında dönemin Amerika Birleşik Devletleri Savaş Bakanı *Taft* ile Japonya Başbakanı ve Dışişleri Bakanı konumundaki *Katsuro* arasında gerçekleştirilen muhaverelerde her ikisinin kullandığı dil göz önüne alınarak devletlerini bağlama niyetlerinin olmadığı kabul

NEWCOMER Joshua J., “‘Political’ Commitments and the Constitution”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49/3, 2009, s. 527 ve dipnot: 78.

¹¹³ Bkz. “The Oral Agreement between Finland and Denmark on the Passage through the Great Belt Dispute: Finland and Denmark Reach a Friendly Settlement in the Dispute Regarding the Great Belt Bridge”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 3, 1992, s. 610 ve s. 612-613; KOSKENNIEMI Martti, “International Court of Justice: Order Discontinuing the Proceedings in Case Concerning Passage through the Great Belt (*Finland v. Denmark*) [September 10, 1992]—Introductory Note”, *International Legal Materials*, vol. 32/1, 1993, s. 101-103, özellikle s. 103 paragraf: 9. Ayrıca, bkz. AUST, 2000, s. 7; GARDINER, s. 62; AUST, 2008, s. 9; AYBAY, s. 71 dipnot: 75; AYBAY ve ORAL, s. 70 dipnot: 50; SCHMALENBACH, s. 57.

¹¹⁴ İncelenen konu olan sözlü anlaşmalar bir yana, devletlerin herhangi bir biçimde taahhüt altına girmesinde kendi rızalarının mutlaka olması gerekmektedir. Bu minvalde, Uluslararası Adalet Divanı 1961 tarihli Preah Vihear Tapınağı Dâvası’nda (İlk İtirazlar), her ne kadar doğrudan antlaşmalarla ilgili olmasa da uluslararası hukukta esas olarak tarafların niyetlerinin temel önemi haiz olduğunun ve bu itibarla hukukça belirli bir şeklin ortaya konulmadığının, tarafların, niyetlerinin açıkça anlaşılabilirdiği her şekli kullanmakta serbest olduklarının altını çizmiştir. Bkz. “Case Concerning the Temple of the Preah Vihear (*Cambodia v. Thailand*)—Preliminary Objections”, Judgment of 26 May 1961, s. 31 via <https://icj-cij.org/public/files/case-related/45/045-19610526-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17/09/21).

edilmiştir.¹¹⁵ Bu minvalde, yazılı olmayan anlaşmaların da, yazılı olanlar gibi antlaşma olarak değerlendirilebilmeleri, kuşkusuz, antlaşma olmanın temel koşullarını sağlamalarına bağlı olacaktır.

Ele alınacak bir diğer husus ise, sözlü anlaşmaların nasıl yapıldığına dairdir. Daha açık ortaya koymak gerekirse, sorulacak soru, sözlü anlaşmanın sadece tarafların karşılıklı bir araya gelmesiyle mi gerçekleştirileceği yoksa bir vasıta kullanılarak da sözlü anlaşmanın gerçekleştirilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorunsalıdır. Sözlü anlaşmanın, belki de anlamının niteliği gereği, taraflarca yüz yüze yapılması beklense de, çeşitli araçlar kullanılmak suretiyle, yâni fiilî olarak yüz yüze olmadan da yapılabileceği ifade edilmelidir. Bu çerçevede, kullanılacak araçlar arasında telefon ilk akla gelen olmaktadır.¹¹⁶

Bir diğer husus, sözlü anlaşmaların kayıtlanmasına dairdir. Başka bir deyişle, sözlü anlaşmaların bir biçimde yazıya geçirilmesi onları yazılı anlaşma hâline getirir mi? Nitekim bu sorunun antlaşmalar hukukunun kodifikasyonu çalışmaları sırasında meselâ *Fitzmaurice* tarafından da gündeme getirilmiş olduğu takip edilmektedir. Bu minvalde, *Fitzmaurice*, sözlü bir anlaşmanın, taraflarının bilgisiyile ve taraflarının niyetleri çerçevesinde veya onlardan biri tarafından gizli biçimde bir diske veya teybe kayıt edilmesinin bu tür anlaşmaları yazılı hâle getirip getirmeyeceğini sormuştur.¹¹⁷ Bu soruya cevap vermek sanıldığı kadar kolay değildir. Ancak, bu durumda her bir somut olayın ayrı değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı mutlaklıdır. Bununla beraber, bakıldığında, sözlü an-

¹¹⁵ Bu minvalde, *Taft*'ın tüm muhavere boyunca, *Katsuro*'nun ise muhaverenin büyük bölümünde devletleri için belirli hukukî hak ve yükümlülük doğurmaya yönelik niyet ortaya koymayan "bakış açısı" (*view*), "görüş" (*opinion*), "gözlem" (*observation*) gibi ifadeler kullandıkları gözlenmiştir. Bu konuda bkz. CHAY Jongsuk, "The Taft-Katsura Memorandum Reconsidered", *Pacific Historical Review*, vol. 37/3, 1968, s. 321-326, özellikle s. 323. Genel olarak, anlaşmalarda kullanılan mutad dile ilişkin açıklamalar için meselâ bkz. GARDINER, s. 59.

¹¹⁶ Nitekim metin içerisinde, sözlü anlaşmalara dair verilen örnekler arasından ikisinin ilgili yetkililer arasında telefon üzerinden yapıldığı görülmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 104 ve 113. Öte yandan, bu husus doktrin tarafından da ortaya konulmaktadır. Bkz. KLABBERS, 1998, s. 50 dipnot: 72. Sözlü anlaşmalar için telefon dışında, belki akla getirilebilecek diğer araçlar telsiz veya *walkie-talkie*ler olarak düşünülebilir.

¹¹⁷ *Fitzmaurice*'nin sorusunun aktarımı için bkz. KLABBERS, 1998, s. 50.

laşmaların kayda alınmayacağı gibi bir husus ne hukuk kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır ne de doktrinde belirtilmiştir. Öte yandan, meselâ *Ihlen* Demeci olarak bilinen yukarıda da kısaca değinilen Doğu Grönland Dâvası'nda *Ihlen*'in, söz konusu demecini yazılı hâle getirip Norveç Hükûmetine sunduğu aktarılmaktadır.¹¹⁸ Diğer bir deyişle, *kanımızca*, sözlü anlaşmanın kayıtlanması mümkündür ve kayıtlanması onun yazılı antlaşma olduğu anlamına gelmeyecektir, meğerki tarafların bu yönlü rızası bulunsun.¹¹⁹ Nitekim 1936 tarihli İngiliz-Mısır Müttefiklik Antlaşması müzakereleri esnasında gerçekleştirilen bir demeci örnek veren *McNair*, bu örneği verirken bir antlaşmanın müzakereleri esnasında usûlüne göre yetkilendirilmiş temsilci tarafından verilen sözlü bir demecinin karşı tarafın temsilcisi tarafından kabul edilmesinin ve resmî şekilde zapta alınmasının antlaşmaya eşit olduğunu ifade etmekten geri kalmamıştır.¹²⁰

Son olarak değerlendirilmesi gereken husus, sözlü bir anlaşmaya başka devletlerce sonradan katılımın olup olmayacağıdır. Doktrinde *Gould* bunun mümkün olduğunu, yukarıda da belirtilen, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa arasında sözlü olarak 1936 yılında bağtlanan parasal konulara ilişkin Anlaşma'ya ertesini gün Belçika'nın, iki ay sonra da Hollânda ve İsviçre'nin katılması örneğiyle desteklemiştir.¹²¹

¹¹⁸ *Ihlen*'in, bu minvalde hem Danimarka talebini hem de kendi cevabını bir zapta (*minutes*) geçirdiği açıkça belirtilmektedir. Bkz. Karar Metni, *supra* dipnot: 57, s. 69. İlgili zaptın metni için bkz. ECKART, s. 94-95.

¹¹⁹ Nitekim doktrinde, Macaristan ve Romanya arasında hâsıl olan hıyar hakkına dair 1927 tarihli uyuşmazlıkta (*optant case*) Romanya iki devlet arasındaki muhavereleri sözlü bir anlaşma olarak nitelendirmeye çalışmışken, Macaristan'ın bunu inkâr ettiği belirtilmiştir. Konu hakkında bkz. GARNER, s. 496. Ayrıca bkz. VERZIJL, s. 109. Bu çerçevede, bu hadiseyi aktaran *Garner*, müteakiben şu tespitte bulunmuştur: “Eğer anlaşmanın şartları tüm taraflarca geçerliliği ve doğruluğu kabul edilen bir zaptla kayıt altına alınmışsa, anlaşma için daha fazla bir kanıtı ihtiyaç yoktur”. Bkz. GARNER, s. 497.

¹²⁰ Bkz. McNAIR, s. 8 dipnot: 2 (2 no'lu bu dipnot bir önceki sayfadan başlıyor).

¹²¹ Bkz. GOULD, s. 304.

B. İşaret Yoluyla Gerçekleştirilen Uluslararası Anlaşmalara Dair Örnekler ve Değerlendirmeler

Uluslararası antlaşmaların sözlü olabileceği gibi aynı zamanda işaretlerle bile olabileceği doktrinin genelinde kabul edilmektedir.¹²² Bu minvalde, uluslararası bir antlaşmanın hareketle, işaretle olabileceğine dair verilen en yaygın örnek¹²³ silâhlı çatışmalar sırasında bir tarafça beyaz bayrak sallanması ve silâhlı çatışmanın karşı tarafının da buna göre davranması örneğidir.¹²⁴ Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar, bu örneğin bir antlaşma teşkil etmediğini, beyaz bayrağın sallanmasının sadece uluslararası insancıl hukuk kurallarının bir parçasını teşkil ettiğini bildirmektedir.¹²⁵ Oysa kanımızca beyaz bayrak sallanması, evet uluslararası insancıl hukukun bir kuralıdır, ancak bu durum onun aynı zamanda uluslararası hukuk çerçevesinde bir anlaşma özelliği sergilemesini engellemektedir. Uluslararası bir antlaşma için mevcut koşulların sağlanması bakımından, daha açık ifadesiyle iki uluslararası hukuk kişisi arasında vuku bulan bir silâhlı çatışmada, taraflardan birinin beyaz bayrak sallaması ve

¹²² Bkz. HALL, s. 343; OPPENHEIM, s. 550-551; ROSS, s. 211; BERNHARDT, s. 460; RUTER, s. 30. Ayrıca bkz. *infra* dipnot: 124.

¹²³ Bkz. OPPENHEIM, s. 550-551; ROSS, s. 211; DETTER, s. 26; DICKE Detlev Chr., "The Heleanna Case and International Lawmaking Treaties: A New Form of Concluding a Treaty?", *American Journal of International Law*, vol. 69/3, 1975, s. 628. Türk doktrininde bu konuda bkz. PAZARCI, 2017, s. 127. Ayrıca bkz. *infra* dipnot: 128.

¹²⁴ Uluslararası silâhlı bir çatışmada veya savaşta beyaz bayrak sallanmasının bir anlaşma teşkil ettiği görüşünün eskilere dayandığı belirtilmelidir. Meselâ *Grotius*, örf ve âdet gereği bazı anlamları olan sessiz işaretlerden bahsetmiş ve bu bağlamda da antik dönemde baş bağlarının ve zeytin dallarının, Makedonyalılar arasında mızrakların havaya kaldırılmasının veya Romalılar arasında kalkanların başın üzerinde tutulmasının teslim anlamını taşıdığına işaret etmiş; müteakiben kendi döneminde beyaz bayrak kullanılmasının üstü kapalı barış müzakereleri için bir talep olduğuna değinerek bunun ağızdan çıkan bir sözle yapılmasından daha az bağlayıcılık taşımadığına da işaret etmiştir. Bkz. Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, Translated by Kelsey, Oxford, 1925, Book III Chapter XXIV Section V, s. 858-859. Yaklaşık bir yüz yıl sonra *Vattel Grotius*'a atıfla beyaz bayrak örneğini yenilemiştir. Bkz. VATTEL de Emmerich, *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conducts and Affairs of Nations and Sovereigns, with There Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, Translated by Nuggent, Indianapolis, 2008, Book II Chapter XV Section s. 234 395.

¹²⁵ Bkz. AYBAY, s. 71 dipnot: 76; AYBAY & ORAL, s. 69 dipnot: 49.

bunun da söz konusu silâhli çatışmayı sonlandırması kanımızca bir anlaşmanın varlığı için gerekli ve yeterli olarak kabul edilebilecektir. Sonuçta bu hareket mevcut bir uluslararası hukuk ilişkisinden, yâni kabaca savaş hâlinde onu sonlandırmak veya en azından ara verdirmek suretiyle bir başka hukuk ilişkisine geçilmesini sağlayan bir irade beyanıdır. Beyaz bayrak sallanmasının aynı zamanda uluslararası insancıl hukukta bilinen ve kabul gören bir norm olması, onun aynı zamanda uluslararası hukuka tâbi olduğunu da göstermektedir ki, bu da yine uluslararası antlaşmalar hukuku çerçevesinde antlaşmanın kurucu unsurlarından birini teşkil etmektedir. İlâve etmek gerekir ki, yazılı olmayan bir normun yazılı hâle getirilmesi, daha açık bir ifade ile bu konuda bir irade birliğinin yakalanması antlaşmaların olağan gelişim ve sonuçlarındandır.

Hall, bir tarafın belirli bir hareketle ilgili olarak onu yapma veya yapmama şeklinde ortaya koyduğu niyetini, karşı tarafın da bir taahhüt oluşturacak şekilde kabul etmesiyle birlikte bu tür bir kabulün açıkça belli olduğu anda geçerli bir anlaşmanın doğacağını belirtmiş ve devamında da açıkça anlaşılacak şartıyla sınırlı amaçlarla bir işaretin dahi sözleşme olarak addedilebileceğini vurgulamıştır.¹²⁶

Hareket veya işaretle dahi uluslararası anlaşmaların yapılabileceğini kabul eden yazarlardan biri, *Reuter* ise, hareketlerin temelde aktif olması üzerinde durmuş ve pasif bir hareketin sözlü anlaşma olarak nitelendirilmesinin iki temel sebepten ötürü tartışmalı olduğuna işaret etmiştir. Yazar, her ne kadar pasif hareketlerden yükümlülük doğabilecek olsa da bunu bir anlaşmaya dayandırmanın zorluğunu ilk neden olarak gösterirken; hükûmetlerin, rızalarını yeterli derecede açık olarak ortaya koymayan veya bu yönlü âmirane niteliği haiz olmayan yükümlülüklerle bağlanmak istemeyecekleri hususunu ise ikinci temel neden olarak belirtmiştir.¹²⁷ Kısaca, bizim de haklı bulduğunuz üzere, bir hareket veya işaretle anlaşma yapılmasında aktif olunması önemli bir belirleyici unsur teşkil etmektedir.

Sonuçta, doktrinde, çok nadir durumlarda olsa bile işaretle dahi uluslararası anlaşma yapılabileceğinin dile getirildiği görülmektedir. Bu

¹²⁶ Bkz. HALL, s. 343-344.

¹²⁷ Bkz. REUTER, s. 30.

minvalde, *Aybay* ve *Oral*, her ne kadar beyaz bayrak örneğinin işaretle anlaşma örneği teşkil ettiğine karşı çıkmış olsalar da¹²⁸, günümüze dair işaretle yapılabilecek anlaşmaya ilişkin *devletlerin temsil edildiği bir uluslararası konferansta oy kullanma aşamasında bir devlet temsilcisinin başka bir devlet temsilcisiyle işaretleşerek kabul ya da ret yönünde oy kullanması*¹²⁹ şeklinde bir örnek geliştirmek suretiyle bu ender olasılığın varlığını yine de ortaya koymuşlardır.¹³⁰

SONUÇ

Yapılan bu kısa analizin de sergilediği üzere, her ne kadar 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin antlaşma tanımında açıkça yazılılıktan bahsedilmiş olsa da doktrin ve devlet uygulamaları incelendiğinde uluslararası hukukta bu şekilde bir zorunluluğun bulunmadığı sonucuna rahatlıkla ulaşılabilmektedir. Nihayetinde antlaşmanın tanımı için yazılılıktan bahsedilen 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin ilgili bazı maddelerinde dahi, uluslararası anlaşmaların yazılılık zorunluluğu olmadığına dair çıkartılabilecek düzenlemeleri içermesi bir yana, oluşum aşamasında gerçekleşen tartışmalardan da bu durumun açıklıkla ortaya çıkartılabileceği ifade edilmelidir. Belirtilmelidir ki, bir antlaşmanın varlığı veya tanımı onun şekline değil, doğrudan içeriğine bağlı olmalıdır. Bu minvalde, uluslararası bir antlaşma, en basit hâliyle, en az iki uluslararası hukuk kişisi arasında bağitlanmış uluslararası hukuka tâbi ve bir hukukî sonuç doğuracak şekilde bir hukuk durumunu yaratan veya mevcut bir durumu değiştirmeyi veya kaldırmayı amaçlayan irade beyanıdır.

Dikkatle vurgulanması gereken husus, ister 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi tanımı çerçevesinde, ister dışında olsun, yazılılığı savunan yazarların dahi uluslararası hukukta yazılı antlaşmaların dışında da bağitların olabileceğini kabul ettikleri ve hattâ bu yazarların bunların geçerliliklerini

¹²⁸ Bkz. *supra* dipnot: 125. Yazarların, esasen, genel olarak işaretle anlaşmanın hukukî niteliğinin kuşkuğu olduğunun altını çizdikleri belirtilmelidir.

¹²⁹ Bkz. AYBAY & ORAL, s. 69 dipnot: 49.

¹³⁰ Dumanla işaretleşmenin de en azından belirli bir dönem ve belirli toplumlarda işaretle anlaşma için kullanılabilirdiği mütalâa edilebilecektir. Yine flama ve bayrakların kullanılması ile birlikte projektör, yansıtıcı veya fener gibi araçların kullanılmasıyla da işaret yoluyla anlaşma yapılabileceği düşünülebilir. Tabii ki, bunların yazılı olmayan anlaşmalar çerçevesinde gerçek kullanımlarına dair örneklerin varlığının olup olmadığı ayrı bir konudur.

dahi sorgulamadıkları görülmektedir. Tabii ki, antlaşmalar hukuku açısından yazılılığın mutlak uygulama olduğu ve ispat açısından çok daha tercih edilebilir bulunduğu inkâr edilemeyecek bir gerçektir. Ancak, bu durum, ne kadar nadir görülürlerse görülsünler yazılı antlaşmalar dışında bir anlaşmanın olamayacağı anlamını taşımamaktadır. Nitekim devletlerin uygulamaları bu durumun aşikâr bir kanıtı niteliğini taşımaktadır. Sonuçta, yazılılığın mutlak olması veya tercih edilebilirliği ayrı, geçerlilik için bir koşul olarak görülmesi ise apayrı durumlardır. Bu sebeple, bu iki temel hususun karıştırılarak bir yoruma gidilmemesi gerekmektedir.

Son raddede ifade edilmelidir ki, her ne kadar nüanslar olsa da uluslararası hukukta adın bir öneminin olmadığı göz önüne alındığında, yazılı olmayan ancak ilgili uluslararası hukuk kişilerinin irade beyanlarının kesin olarak uzlaştığı ve bunun yine kesin olarak algılandığı her türlü anlaşma esasen özünde *geniş anlamıyla* birer uluslararası antlaşma niteliğindedir.

KAYNAKLAR

1919 tarihli Milletler Cemiyeti Misakı.

1928 tarihli Antlaşmalara Dair Havana Sözleşmesi.

1928 tarihli Pablo Nájera Dâvası.

1933 tarihli Doğu Grönland Hukukî Statüsüne Dair Dâva. (USAD)

1935 tarihli Antlaşmalar Hukukuna Dair Taslak Sözleşme.

1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı.

1945 tarihli Uluslararası Adalet Divanı Statüsü.

1961 tarihli Preah Vihear Tapınağı Dâvası-İlk İtirazlar. (UAD)

1961 tarihli T.C. Anayasası.

1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi.

1982 tarihli T.C. Anayasası.

1986 tarihli Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasındaki veya Uluslararası Örgütler Arasındaki Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi.

1992 tarihli Finlandiya ve Danimarka Arasındaki Büyük Kuşak'tan Geçiş Dâvası. (UAD)

2006 tarihli Salini Construttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan Hakemliği. (ICSID)

2018 tarihli Pasifik Okyanusu'na Çıkışı Görüşme Yükümlüğüne Dair Dâva. (UAD)

AKSAR Yusuf, Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, 2. Baskı, Ankara, 2021.

AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 6. Baskı, Ankara, 2021.

AUST Anthony, "The Theory and Practice of Informal International Instruments", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 35/4, 1986, s. 788-812.

AUST Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000.

AUST Anthony, "Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edite-

dited by Wolfrum, June 2006 via <https://opil.oup-law.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1498> (Erişim Tarihi: 01/07/17).

AUST Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd Edition, Cambridge, 2008.

AYBAY Rona, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2011.

AYBAY Rona & ORAL Elif, *Kamusal Uluslararası Hukuku*, İstanbul, 2016.

BASDEVANT Jules, "La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités", *Recueil des cours*, vol. 15, 1927-V, 1927, s. 535-644.

BATUM Süheyl & YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, İstanbul, 1993.

BAXTER R.R., "International Law in 'Her Infinite Variety'", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 29/4, 1980, s. 549-566.

BEEMELMANS Hubert & TREVIRANUS Hans D, "National Treaty Law and Practice: Federal Republic of Germany", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 317-347.

BERNHARDT Rudolf, "Treaties", in *Encyclopedia of Public International Law: History of International Law-Foundations and Principles of International Law-Sources of International Law-Law of Treaties*, vol. 7, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1984, s. 459-464.

BOCZEK Boleslaw Adam, *Historical Dictionary of International Tribunals*, Lanham, 1994.

BOCZEK Boleslaw Adam, *The A to Z of International Law*, Lanham, 2010.

BOTHA N.J., "National Treaty Law and Practice: South Africa", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 581-625.

BOUWER Jan G., "National Treaty Law and Practice: The Netherlands", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of*

- Monroe Leigh, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 483-536.
- BRANDON Michael, "The Validity of Non-Registered Treaties", *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, s. 186-204.
- BRAZIL P., "Some Reflections on the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Federal Law Review*, vol. 6/2, 1975, s. 223-248.
- CAVALIER Germán, "National Treaty Law and Practice: Columbia", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 193-226.
- CHAY Jongsuk, "The Taft-Katsura Memorandum Reconsidered", *Pacific Historical Review*, vol. 37/3, 1968, s. 321-326.
- COPITHORNE Maurice, "National Treaty Law and Practice: Canada", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 91-121.
- ÇAŞIN Mesut Hakkı, *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, İstanbul, 2020.
- ÇAĞIRAN Mehmet Emin, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Ankara, 2005.
- DALTON Robert E., "National Treaty Law and Practice: United States", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 763-822.
- DEGAN Vladimir Djuro, "Unilateral Act as a Source of International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, s. 149-266.
- DETTTER Ingrid, *Essays on the Law of Treaties*, Stockholm, 1967.
- DICKE Detlev Chr., "The Heleanna Case and International Lawmaking Treaties: A New Form of Concluding a Treaty?", *American Journal of International Law*, vol. 69/3, 1975, s. 624-628.
- ECKART Christian, *Promises of States under International Law*, Oxford, 2012.
- ELIAS Olufemi T., *The Modern Law of Treaties*, Leyden, 1974.

ERADES Lambertus, "Promulgation and Publication of International Agreements and Their Internally Binding Force in the Netherlands", in *Varia Juris Gentium: Liber Amicorum Jean Pierre Adrien François*, edited by Bos et al., Leyden, 1959, s. 93-99.

FIORE Pasquale, *International Law Codified and Its Legal Sanction or the Legal Organization of the Society of States*, Translation from the 5th Edition by Borchard, New York, 1918.

FITZMAURICE Malgosia, "The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 73, 2003, s. 141-185.

FITZMAURICE Malgosia, "Treaties", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (Erişim Tarihi: 04/10/10).

FITZMAURICE Malgorisa & MERKOURIS Panos, *Treaties in Motion: The Evolution of Treaties from Formation to Termination*, Cambridge, 2020.

GAJA Giorgio, "A 'New' Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: A Critical Commentary", *British Yearbook of International Law*, vol. 58, 1987, s. 253-269.

GARDINER Richard K., *International Law*, Dorchester, 2003.

GARNER James W., "The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations", *American Journal of International Law*, vol. 27/3, 1933, s. 493-497.

GAUTIER Pierre, "Part I Introductory Article 2 1969 Vienna Convention", in *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, edited by Corten & Klein, Oxford, 2011, s. 33-56.

GOULD Wesley L., *An Introduction to International Law*, New York, 1957.

GREEN Leslie C., *International Law through the Cases*, 2nd Edition, London, 1959.

GREIW Donald Westlake, *International Law*, 2nd Edition, London, 1976.

- GREWE Wilhelm G., *The Epochs of International Law*, Translated & Revised by Byers, Berlin, 2000.
- GROTIUS Hugo, *De jure belli ac pacis*, Translated by Kelsey, Oxford, 1925.
- HALL William Edward, *A Treatise on International Law*, 4th Edition, Oxford, 1895.
- HILLIER Tim, *Sourcebook on Public International Law*, London, 1998.
- HOLLIS Duncan B. (ed), *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd Edition, Oxford, 2020.
- HOLLIS Duncan B., "Introduction", in *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd Edition, edited by Hollis, Oxford, 2020, s. 1-7.
- HOLLIS Duncan B., "Defining Treaties", in *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd Edition, edited by Hollis, Oxford, 2020, s. 11-45.
- HOLLIS Duncan B. & BLAKESLEE Merritt R. & EDERINGTON L. Benjamin (eds), *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, Leiden, 2005.
- HOLLIS Duncan B. & NEWCOMER Joshua J., "'Political' Commitments and the Constitution", *Virginia Journal of International Law*, vol. 49/3, 2009, s. 507-584.
- HUDSON Manley O., "The Registration and Publication of Treaties", *American Journal of International Law*, vol. 19/2, 1925, s. 273-292.
- HUDSON Manley O., "An Important Judgment of the World Court", *American Bar Association Journal*, vol. 19/7, 1933, s. 423-425.
- HYDE Charles Cheney, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol II, Boston, 1922.
- HYDE Charles Cheney, "The Case Concerning the Legal Status of the Greenland", *American Journal of International Law*, vol. 27/4, 1933, s. 732-738.
- JENNINGS Robert Yewdall, "General Course on Principles of International Law", *Recueil des cours*, vol. 121, 1967-II, 1967, s. 323-606.

- KASSOTI Eva, "Unilateral Legal Acts Revisited: Common Law v. Civil Law Approaches and Lessons from the International Law Commission's (Failed) Attempt to Codify Unilateral Acts of States", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 26, 2013, s. 168-200.
- KAWAKAMI Takao, "National Treaty Law and Practice: Japan", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 415-438.
- KAYA İbrahim, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler/Basic Documents in International Law*, 4. Baskı, Ankara, 2020.
- KEARNEY Richard D. & DALTON Robert E., "The Treaty of Treaties", *American Journal of International Law*, vol. 64/3, 1970, s. 495-561.
- KELSEN Hans, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, 1951.
- KELSEN Hans, *Principles of International Law*, New York, 1959.
- KIMBALL Lee A., "Belgium-Canada-Italy-Netherlands-Union of Soviet Socialist Republics: Agreement on the Resolution of Practical Problems with Respect to Deep Seabed Mining Areas, and Exchange of Notes between the United States and the Parties to the Agreement", *International Legal Materials*, vol. 26/6, 1987, s. 1502-1525.
- KLABBERS Jan, "Qatar v. Bahrain: The Concept of 'Treaty' in International Law", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 33/3, 1993, s. 361-376.
- KLABBERS Jan, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague, 1998.
- KOLB Robert, *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham, 2016.
- KOSKENNIEMI Martti, "International Court of Justice: Order Discontinuing the Proceedings in Case Concerning Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark) [September 10, 1992] – Introductory Note", *International Legal Materials*, vol. 32/1, 1993, s. 101-103.
- LADOR-LEDERER Joseph J., "Legal Aspects of Declarations", *Israel Law Review*, vol. 12/2, 1977, s. 202-231.

- LAPIDOTH Ruth, "National Treaty Law and Practice: Israel", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 385-413.
- LOWE A. Vaughan, "The Law of Treaties; or, Should This Book Exist?", in *Research Handbook on the Law of Treaties*, edited Tams & Tzanakopoulos & Zimmermann, Cheltenham, 2014, s. 3-15.
- McNAIR Arnold Duncan, *The Law of Treaties*, Oxford, 1962.
- O'CONNELL Daniel Patrick, *International Law*, vol. I, 2nd Edition, London, 1970.
- OPPENHEIM Lassa, *International Law: A Treatise*, vol. I (Peace), 2nd Edition, London, 1912.
- OTT David H., *Public International Law in the Modern World*, London, 1987.
- PAZARCI Hüseyin, "Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı", *Milletlerarası Hukuk & Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 10 Sayı: 1&2, 1990, s. 151-163.
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, 14. Bası, Ankara, 2017.
- PHILLIMORE Robert, *Commentaries upon International Law*, vol. II, Philadelphia, 1855.
- PREUSS Lawrence, "The Dispute between Denmark and Norway over the Sovereignty of East Greenland", *American Journal of International Law*, vol. 26/3, 1932, s. 469-487.
- QIN Xiaocheng, "Oral International Agreements and China's Relevant Practice", *Chinese Journal of International Law*, vol. 4/2, 2005, s. 465-479.
- RASULOV Akbar, "Theorizing Treaties: The Consequences of the Contractual Analogy", in *Research Handbook on the Law of Treaties*, edited by Tams & Tzanakopoulos & Zimmermann, Cheltenham, 2014, s. 74-122.
- REUTER Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, Translated by Mico & Haggemacher, London, 1995.

ROSENNE Shabtai. "What Is a Treaty? A Signatory's Intentions—Qatar v Bahrain", in *Essays on International Law and Practice*, edited by Rosenne, Leiden, 2007, s. 435-443.

ROSS Alfred, *A Textbook of International Law*, Ringkjøbing 1942.

SATOW Ernest, *The Silesian Loan Affair and Frederick the Great*, Oxford, 1915.

SCHMALENBACH Kirsten, "International Agreements not within the Scope of the Present Convention", in *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd Edition, edited by Dörr & Schmalenbach, Berlin, 2018, s. 55-87.

SCHNEIDER Johannes Wilhelmus, *Treaty-Making Power of International Organizations*, Genève, 1963.

SEYERSTED Finn, *Common Law of International Organizations*, Leiden, 2008.

SHAW Malcolm N., *International Law*, 8th Edition, Cambridge, 2017.

SINCLAIR Ian M., "Vienna Conference on the Law of Treaties", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 19/1, 1970, s. 47-69.

SINCLAIR Ian M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd Edition, Manchester, 1984.

SINCLAIR Ian M. & DICKSON Susan J. & MacIVER Graham, "National Treaty Law and Practice: United Kingdom", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 727-764.

STARKE Joseph Gabriel, *Introduction to International Law*, 10th Edition, London, 1989.

SUBEDI Surya Prasad, "When Is a Treaty a Treaty in Law—An Analysis of the Views of the Supreme Court of Nepal on a Bilateral Agreement between Nepal and India", *Asian Yearbook of International Law*, vol. 5, 1995, s. 201-210.

SUR Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı, İstanbul, 2020.

- SUY Eric, "Some Unfinished New Thoughts on Unilateral Acts of States as a Source of International Law", *Journal for Juridical Science*, vol. 26/3, 2001, s. 1-11.
- SYBESMA-KNOL Neri, "The New Law of Treaties: The Codification of the Law of Treaties Concluded between States and International Organizations or between Two or More International Organizations", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 15/3, 1986, s. 425-452.
- TAMS Christian J. & TZANAKOPOULOS Antonios & ZIMMERMANN Andreas (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties*, Cheltenham, 2014.
- THAKORE K., "National Treaty Law and Practice: India", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited by Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 349-383.
- TÜTÜNCÜ Ayşe Nur & ARKOĞLU Enver & AKÜN Verda Neslihan & BAŞKARACAOĞLU Elif, *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) – Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından*, İstanbul, 2017.
- VATTEL de Emmerich, *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conducts and Affairs of Nations and Sovereigns, with There Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, Translated by Nuggent, Indianapolis, 2008. (from the edition of 1797)
- VERZIJL Jan Hendrik Willem, *International Law in Historical Perspective: Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, vol. 6, Leyden, 1973.
- VILLIGER Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009.
- von MUNCH Ingo, "Eastern Greenland Case", in *Encyclopedia of Public International Law: Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, vol. 2, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1981, s. 81-84.

WIDDOWS Kelvin, "What Is an Agreement in International Law?", *British Yearbook of International Law*, vol. 50, 1979, s. 117-149.

WIDDOWS Kelvin, "On the Form and Distinctive Nature of International Agreements", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 7, 1981, s. 114-128.

WILDHABER Luzius & SCHEIDEGGER Adrian & SCHINZEL Marc D., "National Treaty Law and Practice: Switzerland", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 627-685.

WITTICH Stephan, "The PCIJ and the Modern International Law of Treaties", in *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, edited by Tams & Fitzmaurice, Leiden, 2013, s. 89-123.

WOLFE James H., *Modern International Law: An Introduction to the Law of Nations*, New Jersey, 2002.

XUE Hanqin & HU Zhiqiang & FAN Kun, "National Treaty Law and Practice: China", in *National Treaty Law and Practice Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, edited Hollis & Blakeslee & Ederington, Leiden, 2005, s. 155-191.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ve LEKELENMEME HAKKI AÇISINDAN VERGİ MAHREMİYETİ

Dr. Öğr. Üyesi Elif YILMAZ FURTUNA * Dr. Öğr. Üyesi Sibel BİLGİN **

Öz

Vergi mahremiyeti, beyana dayalı vergi sistemlerinin sağlıklı işleyebilmesi için taşıdığı önemin yanı sıra vergilendirme ilişkisinde hukuki güvenliğin bir gereğidir. Vergi mahremiyetinin sağladığı koruma, mükelleflerin maddi haklarının yanı sıra manevi haklarını da kapsamaktadır. Zira vergi mahremiyeti kapsamında korunan bilgilerin sızdırılması, mükellefin toplum nezdinde saygınlığını zedeleyebilir. Hakkında henüz kesin hüküm verilmemiş kişinin masumiyetine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınma olarak tanımlanan lekelenme hakkı da mükelleflerin şeref ve haysiyetleri ile saygınlığı gibi manevi haklarını korumaktadır. Bu niteliği itibarıyla, vergi mahremiyeti ile bağlantılı olup mükelleflere hukuki koruma sağlamaktadır.

Konunun önemine binaen bu çalışmada, öncelikle vergi mahremiyeti kavramının kişisel verilerin korunması ile olan ilişkisi ortaya konacaktır. Bu bağlamda Vergi Usul Kanunu ile Kişisel Verileri Koruma Kanunu mukayeseli şekilde ele alınarak hangisinin mali veriler anlamında daha güçlü bir koruma sağladığı

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Department of Financial Law, Ankara, Turkey

✉ elif.yilmaz@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0003-3087-2988

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu, Finans ve Bankacılık Bölümü, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University, School of Banking and Insurance, Department of Finance and Banking, Ankara, Turkey.

✉ b.sibel@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0001-6892-2093

✎ **Atf Şekli** | Cite As: FURTUNA YILMAZ, Elif / BİLGİN, Sibel, "Kişisel Verilerin Korunması Ve Lekelenme Hakkı Açısından Vergi Mahremiyeti SÜHFD., C. 30, S. 2, 2022, s.727-753

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

değerlendirilecektir. Akabinde lekelenmeme hakkının vergi hukukunda uygulanabilirliği çerçevesinde vergi mahremiyeti - lekelenmeme hakkı bağlantısı ortaya konacak, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından ve sanık haklarından olan lekelenmeme hakkının vergi ceza yargılamasındaki işlevi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Vergi Mahremiyeti • Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu • Kişisel Verilerin Korunması • Lekelenmeme Hakkı • Vergi Ceza Yargılamasında Sanık Hakları

TAX PRIVACY IN TERMS OF PROTECTION OF PERSONAL DATA AND THE RIGHT TO NOT TO BE LABELLED AS CRIMINAL

Abstract

Tax privacy is a requirement of legal security in the taxation relationship, as well as its importance for the healthy functioning of the declaration-based tax systems. The protection provided by tax privacy covers the moral rights of taxpayers as well as their material rights. Because leaking information protected within the scope of tax privacy may damage the reputation of the taxpayer in the eyes of the society. The right not to be labelled as criminal, which is defined as the avoidance of any behavior that will harm the innocence of a person for whom a final judgment has not yet been rendered, also protects the moral rights of the taxpayers, such as their honor, dignity and prestige. Due to this nature, it is related to tax privacy and provides legal protection to taxpayers.

Based on the importance of the subject, in this study, first of all, the relationship between the concept of tax privacy and the protection of personal data will be revealed. In this context, the Tax Procedure Law and the Personal Data Protection Law will be discussed in a comparative way and it will be evaluated which one provides a stronger protection in terms of financial data. Then, within the framework of the applicability of the right not to be labelled as criminal in tax law, the link between tax privacy and the right not to be labelled as criminal will be revealed, and the function of the right not to be labelled, which is one of the basic elements of the right to a fair trial and the rights of the accused, in tax criminal proceedings will be discussed.

Key Words

• Tax Privacy • Violation of Tax Privacy Crime • Protection of Personal Data • Right to not to be Labelled as Criminal • Defendant Rights in Tax Criminal Judgment

I. GİRİŞ

En genel ifadesiyle güvenme ihtiyacı, hukuki güvenlik ilkesini doğurmuş olup hukuki güvenlik hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelelerinden biri olarak değerlendirilmektedir. Hukuki güvenlik, her hukuki ilişkide olduğu gibi, bir kamu hukuku ilişkisi olan vergilendirme ilişkisinde de mutlak suretle karşılanması gereken bir ihtiyaçtır. Vergilendirme ilişkisinde hukuki güvenlik ihtiyacının karşılanması hem vergisel idari düzen hem de kamu düzeninin temini bakımından önem arz etmektedir.

Büyük oranda beyan esasına dayanan Türk vergi sisteminde vergilendirme sürecinin sağlıklı bir biçimde işlemesi, mükelleflerin beyan ettikleri, vergi idaresi ile paylaşmak durumunda oldukları bilgilerin başkalarıyla paylaşılmayacağına güven duymalarına bağlıdır. Bir diğer anlatımla, beyan usulüne dayanan vergi sistemlerinin sağlıklı işleyebilmesi ve gerçek gelire ulaşabilmek açısından mükelleflerin vergi idaresine güvenmesi en az denetim mekanizmaları kadar önemlidir¹. Bu güvenini tesis edebilmek adına getirilen bir düzenleme olan vergi mahremiyeti, vergilendirme sürecindeki görevlilerin öğrendiği, mükelleflerin özel yaşamlarına ilişkin bazı sırlarla gizli kalması gereken hususları korumayı hedeflemektedir. Bu hedef doğrultusunda, 213 s. Vergi Usul Kanunu'nun 5'inci maddesinde vergi mahremiyetine uymakla yükümlü olan kişiler ve vergi mahremiyetinin istisnaları hüküm altına alınmıştır. Söz konusu yükümlülüğün ihlali haline ilişkin olarak ve konunun önemine binaen kanun koyucu VUK'un 362'nci maddesi ile vergi mahremiyetinin ihlali suçunu düzenlemiş, söz konusu maddede bu suçu işleyenlerin Türk Ceza Kanunu'nun 239'uncu maddesine göre cezalandırılacağını hüküm altına almıştır. Vergi mahremiyetini ihlal suçu, ceza hukuku anlamında, hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç olup yargılaması ceza mahkemelerince yapılmaktadır.

Bu çalışmada vergi mahremiyeti kavramı, kişisel verilerin korunması ve lekelenmeme hakkı özelinde incelenmektedir.

¹ DURDU, Muhammet, Mükellef Verilerinin Korunması ve Vergi Mahremiyeti", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, 2019, s. 592.

II. VERGİ MAHREMİYETİ KAVRAMI ve KAPSAMI

“Mahremiyet” kısaca “gizlilik”² olarak tanımlanırken; kelimenin kökenini oluşturan Arapça kökenli “mahrem” kelimesi ise sözlükte “başkalarına söylenmeyen, gizli”³ şeklinde ifade edilmektedir. Mahremiyet, vergi hukukunda vergi mahremiyeti olarak karşılık bulmaktadır. Vergi mahremiyeti, Türk vergi sistemine 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu ile girmiş olup, getirilen istisnalar dolayısıyla zamanla kapsamı daraltılmış olmasına rağmen varlığını 213 s. Vergi Usul Kanunu ve 6183 s. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile sürdürmektedir⁴.

Vergilendirme süresince mükellefe ait gizli kalması gereken birçok bilgi vergi idaresine verilmekte olup vergilendirme sürecinde görevli olan kişilerin görevleri gereği edindikleri bilgilerin gizli tutulması ihtiyacı, vergi hukukuna özgü bu mahrem alanın korunması gereğini ortaya çıkarmıştır. İşte vergi mahremiyeti bu bilgilerin korunması noktasında devreye girmektedir. Devletin sağlamayı taahhüt ettiği vergi mahremiyeti sayesinde mükellefler vergi dairesi ile paylaştıkları bilgilerin gizli tutulacağına inanmakta ve bu güven mükellefleri doğru beyan vermeye teşvik ederek beyan sisteminin sağlıklı bir şekilde işlemesine katkı sağlamaktadır⁵.

Vergi mahremiyeti; vergi uygulaması kapsamında ele geçen bilgilerin, bilgiyi veren mükellef ve bilgiyi elde edenlerin dışında kalan hiçbir kişiye aktarılmamasıdır⁶. Zira bu bilgilerin ifşası hukuk güvenliği ilkesini zedeleyerek kamu düzenine zarar verecektir⁷.

² TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 12.11.2021.

³ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 12.11.2021.

⁴ KARA, Şerafettin, “Vergi Mahremiyeti Kapsamına Giren Hususların Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Yıl: 8, Sayı: 32, Ekim 2017, s. 272.

⁵ SONSUZUOĞLU, Elif, “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 2000, Sayı: 141, s. 116.

⁶ KARATAŞ DURMUŞ, Neslihan, “Ticari Sırların Ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Vergi Mahremiyeti”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2017, Sayı: 31, s. 377.

⁷ ÜNAL, Noyan Alper, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti Esası”, *Yaklaşım Dergisi*, Ocak 2004, Sayı: 133, s. 100.

Vergi mahremiyetine uyulması, mükellefin özel hayatının gizliliğinin vergi idaresince sınırlandırılabilmesinin temel koşuludur⁸. Vergi mahremiyetinin çıkış noktası, temel hak ve hürriyetlere zarar verecek hareketlerden kaçınmaktır. Dolayısıyla vergi mahremiyeti mükellef için bir hak⁹ iken, vergi idaresi için bir ödevdir¹⁰.

Türk hukukunda vergi mahremiyetiyle ilgili birçok kanuni düzenleme bulunmakla birlikte¹¹ bu düzenlemelerde vergi mahremiyetine ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir¹². Söz konusu düzenlemelerden vergi mahremiyetinin kapsamının açıklandığı VUK m. 5'e göre; *“mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamazlar.”*

Görüldüğü üzere; vergi mahremiyetinden faydalanacak kişiler, *“mükellef ve mükellefle ilgili kimseler”* olarak belirlenmiştir. Mükellef; *“vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişidir”* (VUK m. 8/1). Mükellefle ilgili kimseler arasında ise mükellefin eşi, usul ve furuğu, ortakları, vergi sorumlusu, ticari ve mesleki ilişki içinde olduğu kişiler bir diğer ifadeyle münasebette bulunduğu her bir kişi yer

⁸ BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, *“Türkiye’de Vergi Şeffaflığı”*, s. 17, <https://www.fundabasaran.com/pdf/turkiye-de-vergi-seffafligi.pdf>, Erişim Tarihi: 15.03.2022.

⁹ EGELİ Haluk / DAĞ Mehmet, *“Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi”*, *Maliye Dergisi*, Sayı: 163, 2012, s. 134.

¹⁰ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 17.

¹¹ Bkz. 6183 sayılı AATUHK m. 107, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanun m. 22.

¹² 5432 sayılı mülga Vergi Usul Kanununda ise vergi mahremiyetine ilişkin şu açıklamalar yer almaktadır:

“Modern vergilerin iyi tatbik edilebilmesi idareye geniş salâhiyetler verilmesini icap ettirmektedir. Bunun tabii bir neticesi olarak da «Vergi mahremiyeti» telâkkisi doğmaktadır. Vergi mahremiyeti her ne suretle olursa olsun, vergi tatbikatı dolayısıyla öğrenilen ticari veya şahsi sırların mutlaka gizli kalacağı ifade eder. Gelir ve Servet vergileri gibi, mükellefin şahsına ve işine müteallik en gizli ve hurda teferruatı araştıran modern şahsi vergilerin tatbiki idare cephesinden vergi mahremiyetinin büyük bir titizlik ile muhafaza edilmesine ve mükellefin bu bakımdan en ufak bir şüpheye düşmemesine bağlıdır”.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019080s0175.pdf>, Erişim Tarihi: 12.11.2020.

alabilecektir¹³. Zira Kanunda mükellefle ilgili kimseler arasında yer alanlar belirtilmemiş ve bu hususa ilişkin geniş yorumlamaların önü açılmıştır¹⁴.

VUK m. 5'e göre vergi mahremiyetinin konusu; mükellef ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olarak öğrenilen sırlar ve gizli kalması gereken diğer hususların tamamı olabilecektir. Göreviyle bağlantılı olarak bu bilgileri öğrenen kişi, bunları ifşa edemez ve kendisi veya üçüncü bir kişi yararına da kullanamaz. Hükümde yer alan "gizli kalması gereken diğer hususlar" ibaresinden sayılanlar dışındaki birçok bilgi ve verinin de vergi mahremiyetine konu olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira kanunda belirtilen bu hususların neler olduğu muğlak¹⁵ olup nelerin vergi mahremiyeti kapsamına gireceği açıkça ortaya konulmuş değildir. Ancak elbette mükellef ve mükellefle ilgili kimselere ilişkin her türlü bilgi "gizli kalması gereken bir husus" teşkil etmeyecektir. Bir bilginin gizli kalması gereken hususlar arasında olup olmadığı her olayın özelliğine göre değişecektir. Örneğin; kişinin işletmesinin faaliyet gösterdiği alan veya bu işlemenin var olan şubelerinin sayısı gizlilik vasfı taşımamaktadır¹⁶. Ancak başkaları tarafından öğrenilmesi durumunda ticari rekabet açısından olumsuz neticeler doğurması kuvvetle muhtemel olduğu için, örneğin; mükelleflerin hâsılatlarının ne olduğu, kâr mı zarar mı beyan ettikleri ve vergi ödevlerini yerine getirip getirmediği hususlarının vergi mahremiyeti kapsamında olduğu mahkeme kararlarına yansımıştır¹⁷. Ancak herhangi bir yorum farklılığına sebebiyet vermeksizin vergi mahremiyetinden beklenen faydanın sağlanabilmesi için mahremiyet kapsamındaki hu-

¹³ KARATAŞ DURMUŞ, s. 378.

¹⁴ ÜNSAL, Hilmi, "Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 3, 2003, s. 33.

¹⁵ KARA, s. 272.

¹⁶ KARATAŞ DURMUŞ, s. 379.

¹⁷ Dan. 9. D., 20.01.2010 gün, E: 2008/3402, K: 2010/84 sayılı kararı; KARA, s. 273.

hususların neler olduğunun, bir diğer ifadeyle, gizli kalması gereken mali verinin VUK'ta açıkça tanımlanması gerektiği kanaatindeyiz¹⁸.

VUK m. 5 hükmünde vergi mahremiyetine uymakla yükümlü kişiler; vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler, vergi işleminde kullanılan bilirkişiler olarak sayılmıştır. Her ne kadar Kanunda vergi mahremiyeti kapsamındaki bilgileri gizli tutması gereken kişiler sınırlı olarak sayılmış gibi görünse de mükellef ve mükellefle ilgili kimselere ilişkin hususları göreviyle bağlantılı olarak öğrenen her bir kamu görevlisi vergi mahremiyetine uymakla yükümlüdür¹⁹.

Belirtmek gerekir ki; vergi mahremiyeti, VUK'a tabi olan vergiler hakkında tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamasında iken VUK m. 5 kapsamında; tahsil aşamasında ise AATUHK 107'nci maddesinde kapsamında korunmaktadır²⁰. Bir diğer anlatımla, VUK m. 5 hükmü verginin tahakkuk aşamasındaki vergi mahremiyetiyle ilgili uygulanmaktadır; verginin tahsil ve takibi aşamasında ise mahremiyete ilişkin olarak 6183 s. AATUHK'nin "sırrın ifşası" başlığını taşıyan 107'nci maddesi devreye girmektedir²¹. 6183 s. AATHUK m. 107'ye göre; "Bu kanunun tatbikinde vazifeli bulunan kimseler, bu vazifeleri dolayısıyla amme borçlusunun ve onunla ilgili kimselerin şahıslarına, mesleklerine, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait öğrendikleri sırlarla, gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa ettikleri takdirde Türk Ceza Kanunu'nun 239'uncu maddesine göre cezalandırılır...". 6183 s. Kanunun 107'nci maddesinde VUK m. 5'ten farklı olarak mükellef yerine "amme borçlusu" ibaresi kullanılmış ve mahremiyete ilişkin korumanın çerçevesi sadece mükellefleri değil; tüm "kamu borçlularını" koruyacak şekilde geniş tutulmuştur. Yine bu Kanunda sır saklama yükümlülüğü altında olan kişiler sayılmamış, kanunun uygulanmasında görevli olan her bir kişinin söz konusu yükümlülüğe uymak durumunda olduğu belirtilmiştir.

¹⁸ Aynı yönde bkz. YILDIZ, Y. "Kişisel Verilerin Korunmasının Vergi Mahremiyeti ile Etkileşimi", *Kişisel Verilerin Korunması Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2019, s. 15.

¹⁹ KARATAŞ DURMUŞ, s. 379-380.

²⁰ SONSUZOĞLU, s. 120.

²¹ KARATAŞ DURMUŞ, s. 382.

Nihayetinde hem VUK hem de 6183 s. AATHUK'a göre gizli kalması gereken bir bilgiye görevleriyle bağlantılı olarak erişenler mahremiyet kuralına tabiidir. Bu kişiler, gizli kalması gereken bilgileri ifşa edemez, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamaz ve hatta görevlerinden ayrılışları dahi vergi mahremiyetine uymakla yükümlü olmaya devam ederler. Vergilendirme işlemleriyle ilgilenen memurdan arama işleminde görevlendirilen kolluk görevlisine, bölge idare mahkemesindeki zabıt kâtibinden bilirkişilere kadar herkes bu kural ile bağlıdır²². Ancak kişinin ifşa ettiği bilgi vergi mahremiyeti kapsamında olsa da görevi dolayısıyla elde ettiği bir bilgi değilse, sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir²³. Zira mahremiyet kapsamındaki bilginin açıklanmasının suç oluşturabilmesi için ise bu bilgilerin görev dolayısıyla elde edilmiş olması esastır²⁴.

Vergi mahremiyetinin ihlali açısından, açıklamanın bir yahut çok birden kişiye yapılmasının veya yazılı yahut sözlü yapılmasının herhangi önemi bulunmamaktadır²⁵.

1964 yılından itibaren vergi mahremiyetine ilişkin istisnalar kabul edilmeye başlanmış²⁶ olup VUK'un 5'inci maddesinin iki ve devamındaki fıkralarında vergi mahremiyetine getirilen istisnalar düzenlenmektedir. Bu istisnalardan ilki vergi ilan cetvelleriyle yapılan ilanlardır. Vergilerin ilan edilmesi, kamu yararı düşüncesinden kaynaklanmakta olup vergi güvenliğini sağlama amacıyla getirilmiştir²⁷. VUK m. 5/2 hükmüne göre; "...*vergi güvenliğini sağlamak amacıyla Gelir Vergisi mükelleflerinin yıllık Gelir Vergisi, sermaye şirketlerinin Kurumlar Vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dahil) ve beyanları üzerinden tarh olunan Gelir ve Kurumlar Vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanları, bağlı oldukları vergi*

²² Vergi mahremiyetine uymakla yükümlü olanlar hakkında detaylı bilgi için bkz. ÜNSAL, s. 33-34; KARATAŞ DURMUŞ, s. 379-383.

²³ KARATAŞ DURMUŞ, s. 381.

²⁴ OKTAR, S. Ateş, Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 406.

²⁵ OKTAR, s. 406.

²⁶ OKTAR, s. 407.

²⁷ TAŞ, Fatma, Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2008, s. 145.

dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunur”.

Vergi mahremiyetiyle ilgili bir başka istisna; Maliye Bakanlığı tarafından yapılan ve mükelleflerin vergi tarhına esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarını içeren açıklamalardır (VUK m. 5/3). Ayrıca, kamu görevlilerince yapılan adli ve idari soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ile bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilebilmektedir (VUK m. 5/3).

Yine “*sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına bildirilmesi vergi mahremiyetini ihlal sayılmaz*” (VUK m. 5/3). Ancak bu durumda kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumlar da vergi mahremiyetine uymak zorundadırlar (VUK m. 5/3).

Vergi mahremiyeti kapsamı dışında olan bir diğer husus vergi levhalarıyla ilgilidir. Buna göre vergi levhalarında bulunan ve: “*Mükellefin; a) Adı ve soyadı, b) Ticaret unvanı, c) İş yeri adresi, ç) Vergi kimlik numarası, d) Bağlı bulunduğu vergi dairesi, e) Vergi türü, f) İşe başlama tarihi, g) Ana faaliyet kodu ve faaliyet türü, h) Faaliyet durumu (faal, terk, tasfiye halinde), ı) Beyan edilen son üç yıla ait matrahlar ve bu matrahların ait olduğu takvim yılı için tahakkuk eden vergiler, i) Gelir İdaresi Başkanlığı bilgi işlem sistemi tarafından üretilecek onay kodu*” (408 No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, m. 2.2) olarak sıralanan bilgiler vergi mahremiyetinin konusunu oluşturmayacaktır (VUK m. 5/4).

Son olarak belirtmek gerekir ki; kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili kanunları uyarınca mükelleflerden talep edilebilen, kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgilerin, bu kurum ve kuruluşlara verilmesi vergi mahremiyetinin ihlali sayılmayacaktır (VUK m. 5/5). Bu durumda kendilerine bilgi verilenler vergi mahremiyeti yükümlülüğü altındadır.

Vergi mahremiyetine uymakla yükümlü olup, bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde ise “vergi mahremiyetinin ihlali suçu” mey-

dana gelmektedir. VUK'un "vergi mahremiyetinin ihlali" başlıklı 362'nci maddesine göre; mahremiyeti ihlal eden kişiler, "Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması" başlıklı TCK m. 239'a göre hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacaktır. Vergi mahremiyetinin, ticari sırrın korunması ile bağlantılı düzenlendiği açıktır. İhlalin, VUK m. 5'te sayılan kişilerin dışında bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi durumunda sorumluluk TTK m. 55 kapsamında doğacaktır²⁸.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ve VERGİ MAHREMİYETİ

A. Genel Olarak Kişisel Veri Kavramı ve Kişisel Verilerin Korunması

24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3/1-d hükmüne göre kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" ifade etmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; kişisel veri sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgilerden ibaret değildir; aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veri olarak kabul edilmektedir²⁹. Bu doğrultuda, VUK m. 5'e göre vergi mahremiyetine konu olan mükellef ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap duruma-

²⁸ BİLGİN, Sibel/ YILMAZ, Arzu, "Vergi Güvenliği Açısından Otomatik Bilgi Değişimi", *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi, Eylül 2019*, s. 371.

²⁹ KVKK m. 3/1-d hükmüne ilişkin madde gerekçesinin tamamı şu şekildedir: "Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilmek özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir."

rına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olarak öğrenilen sırlar ve gizli kalması gereken diğer hususların tamamının KVKK kapsamında kişisel veri niteliğinde olduğu söylenebilir. Ancak KVKK m. 3/1-d hükmüne göre kişisel veri yalnızca gerçek kişiye ait bilgiler olabilecektir ve KVKK m. 2 hükmünde bu Kanunun kişisel verileri işlenen gerçek kişiler hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Oysaki VUK m. 8/1 hükmüne göre yalnızca gerçek kişiler değil; tüzel kişiler, hatta tüzel kişiliği olmayan bazı oluşumlar da mükellef vasfını haizdir.

Kişisel verilerin korunması hususunda KVKK gerçek kişilerle sınırlı bir koruma getirmiş olsa da Anayasa m. 20/3 hükmü kişisel verilerin korunmasının kapsamını geniş tutarak herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Böylelikle KVKK'nın alanı dışında bırakılan tüzel kişilerin kişisel verileri Anayasa ile koruma altına alınmıştır. Anayasa m. 20/3 hükmüne göre; kişisel verilerin korunması hakkı, "kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar".

KVKK'nın uygulanmayacağı haller KVKK m. 28 hükümlerinde açıklanmaktadır. Bunlardan vergi mahremiyeti ile bağlantılı olanlar KVKK m. 28/1-c, m. 28/1-ç ve m. 28/2-ç olarak sıralanabilir. KVKK m. 28/1-c'ye göre; "Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi" ve KVKK m. 28/1-ç'ye göre "Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi" hallerinde KVKK hükümleri uygulanmayacaktır.

KVKK m. 28/2-ç'ye göre ise, "kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması" halinde, Kanunun amacına ve temel ilkelere uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma

yükümlülüğünü düzenleyen KVKK m. 10, ilgili kişinin haklarını düzenleyen KVKK m. 11 (zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç) ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen KVKK m. 16³⁰ uygulanmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki; KVKK m. 28/2-ç hükmünün uygulanmasında son derece dikkatli hareket edilmelidir. Zira bu hükmün geniş yorumlanması halinde mükellef KVKK kapsamındaki haklarının çoğunu kullanamayacaktır³¹. Şöyle ki; mükellef, veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı ve kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi hakkında bilgi edinemeyeceği gibi, KVKK m. 11 kapsamındaki haklarını öğrenme imkânından mahrum kalacaktır (KVKK m. 10/1)³². Ayrıca mükellef, “a) Kişisel verilerinin işle-

³⁰ Madde 16- (1) Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulur.

(2) Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.

(3) Veri Sorumluları Siciline kayıt başvurusu aşağıdaki hususları içeren bir bildirimle yapılır:

a) Veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgileri.

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği.

c) Veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamalar.

ç) Kişisel verilerin aktarılacağı alıcı veya alıcı grupları.

d) Yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler.

e) Kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler.

f) Kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre.

(4) Üçüncü fıkra uyarınca verilen bilgilerde meydana gelen değişiklikler derhâl Başkanlığa bildirilir.

(5) Veri Sorumluları Siciline ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir. (KVKK m. 16)

³¹ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 18.

³² Madde 10- (1) Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,

nip işlenmediğini öğrenme, b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, e) Kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme” (KVKK m. 11) haklarına da sahip olmayacaktır.

Bahsedilen hak ve imkânların yokluğunda vergi mükellefinin kişisel verilerinin işlenmesi ile ilgili ilkelere³³ uygun hareket edilip edilmediğini anlaması mümkün değildir. Özellikle de kişisel verilerinin işlendiğini öğrenemeyen bir kişinin bu husustaki diğer haklarına ulaşması mümkün değildir. Dolayısıyla KVKK m. 28/2-ç hükmündeki sınırlamanın “KVKK’nın amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı” olabilmesi, bu sınırlamanın somut olayın özelliklerine göre devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olduğu durumlarda uygulanmasına bağlıdır³⁴. Ayrıca aksinin kabulü halinde KVKK yalnızca gerçek kişi olan mükelleflere uygulandığından tüzel kişi ve tüzel kişiliği olma-

c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği,

ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,

d) 11’ inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.

³³ Madde 4- (1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme. (KVKK m. 4)

³⁴ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 19.

yan mükellefler, gerçek kişi mükelleflere göre daha korunaklı hale gelecektir³⁵. Zira gerçek kişi mükellefler KVKK'ya tabi olduğundan bu sınırlamalara tabi olacakken; tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan mükellefler KVKK'ya göre daha koruyucu olan Anayasa m. 20/3'e göre kişisel verilerinin korunmasını talep edebilecektir³⁶.

B. Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu ile Kişisel Verilerin Korunması Arasındaki İlişki ve Mükelleflerin Kişisel Verilerinin Korunması

Gelişen teknoloji karşısında vergi idaresinin mükelleflerin verilerini kolay ve hızlı bir şekilde sınıflandırma, işleme, kullanma ve muhafaza etmesi mümkündür³⁷. VUK, bu hususta hüküm içermediğinden konuya ilişkin KVKK hükümleri uygulanabilecektir. KVKK m. 3/1-e hükmünde kişisel verilerin işlenmesi "kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması" olarak tanımlanmaktadır.

Kişisel veriler kural olarak ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez (KVKK m. 5) ve gerek yurtiçine gerekse yurtdışına aktarılamaz (KVKK m. 8, KVKK m. 9). Bu kuralın istisnaları; veri işleme bakımından KVKK m. 5/2 hükmünde; verilerin yurtiçine aktarılması bakımından KVKK m. 8/2 hükmünde; verilerin yurtdışına aktarılması bakımından ise KVKK m. 9/2 hükmünde yer almaktadır. Sayılan düzenlemelere göre KVKK m. 5/2 hükmünde sayılan hallerin varlığı halinde veri sahibinin açık rızası olmaksızın veriler işlenebilir ve yurtiçi ve yurtdışına aktarılabilir. KVKK m. 5/2 hükmü ise: "*Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:*

³⁵ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 19.

³⁶ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 19. Madde ve Gerekçesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>

³⁷ KOCATEPE, Metin, Türk Vergi Hukukunda Mükellefin Vergi Mahremiyeti Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 35.

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.”

KVKK m. 5/2 hükmü konumuzla bağlantılı olarak değerlendirilecek olursa; örneğin vergisel amaçlı veri işlenmesi ve yurtiçi veya yurtdışına aktarılması söz konusu olduğunda, veri sorumlusu, KVKK m. 5/2-ç hükmüne dayanarak veri sahibinin açık rızasını almaksızın hareket edebilecektir. Yine vergi geliri elde edilmesi, vergi kayıp ve kaçığıyla mücadele edilmesi kapsamında KVKK m. 5/2-f hükmüne dayanılarak veri sahibin rızası almaksızın veri işleme ve aktarma yapılabilecektir.

Doktrinde KVKK'nun mükelleflere sunduğu korumanın teorik kaldığı ve pratikte gereken katkıyı sağlamadığı ileri sürülmektedir. Gerek KVKK m. 5, 8 ve 9 gerekse KVKK m. 28 hükümlerine bakıldığında vergisel amaçlı verilerin işlenmesi veya aktarılmasında açık rızaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Yine gerçek kişi mükelleflere ilişkin olan verilerle ilgili olarak KVKK m.28/2-ç uyarınca devletin ekonomik ve mali çıkarları için gerekli olması halinde, veri sorumlusunun haklarına ilişkin KVKK m. 11 ve veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğünün düzenlendiği KVKK m. 16'nın uygulanmasından imtina edilebilecektir. Tüm bunlardan yola çıkılarak KVKK'nun getirdiği istisna ve sınırlandırmaların, kişi-

sel verilerin korunmasına değil; toplanması ve ilgili otoriteler tarafından özgürce kullanılmasına hizmet ettiği değerlendirilmektedir³⁸.

IV. LEKELENMEME HAKKI ve VERGİ MAHREMİYETİ

A. Genel Olarak Lekelenmeme Hakkı

Bilindiği gibi ceza muhakemesi; bir suç işlenip işlenmediği, işlenmişse failinin veya faillerinin kim olduğu, ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığı, sorumluluğun bulunması durumunda failer hakkında hükmedilecek yaptırımın türü ve miktarının belirlenmesi ve infaz edilebilir bir yaptırımın ortaya konulması amacıyla yapılan bir dizi faaliyetten oluşmaktadır³⁹. Ceza muhakemesi süreci ile ilgili olarak, hukukun temel kuralları, uluslararası hukuk normları, ulusal mevzuat ve içtihatlar, sanığın haklarını belirleyerek koruma altına almıştır. Bu hakları tam bir liste halinde sıralamak ise oldukça zordur zira hakların birçoğu birbirleriyle iç içedir. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da ceza muhakemesine hâkim olan ilkeler ayrıca bir başlık olarak düzenlenmiş de değildir⁴⁰.

Ceza muhakemesinde sanık ve şüphelinin sahip olduğu hakların aynı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira sanık ve şüpheli aynı kişi olup soruşturma ve kovuşturma aşamasına göre aldıkları isimler farklılaşmakta, sahip olunan haklar tüm muhakeme sürecini kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle; şüpheli ve sanık, değişik muhakeme aşamalarında aynı kişiye verilen hukuki kimliktir⁴¹. Dolayısıyla şüpheli ve sanık tüm muhakeme sürecinde aynı haklara sahip olmaktadırlar. Bu kapsamda; adil yargılanma hakkı, masum sayılma hakkı, işkence ve onur kırıcı ceza ve muameleye tabi olmama hakkı, lekelenmeme hakkı gibi hakları saymak mümkündür.

Esasen KVKK' nin yürürlüğü girmesi ile gelişimi hızlanan lekelenmeme hakkı ile ilgili hukukun pek çok dalında düzenlemeler bulun-

³⁸ KOCATEPE, s. 36-37.

³⁹ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 21.

⁴⁰ ERCAN, Mehmet Sercan (2019), Kovuşturma Evresinde Sanığın Hakları, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 181- 197.

⁴¹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 137.

maktadır. Fakat bu hakkın, bilhassa ceza ve ceza yargılaması hukukunda önemi büyüktür⁴².

Ceza muhakemesine hâkim olan haklardan biri olan lekelenmeme hakkını, hakkında henüz kesin hüküm verilmemiş kişinin masumiyetine zarar verecek, kişiyi toplum nezdinde mahkûm edecek her türlü söz, yayın, haber gibi davranışlardan kaçınma⁴³ olarak özetlemek mümkündür. Bu yolla, kişinin toplumsal saygınlığının zedelenmemesi, şeref, onur ve haysiyetinin zarar görmemesi hedeflenmektedir. Zira ceza adaletinin sağlanması sürecinde henüz mahkûm sıfatını almamış; şüpheli veya sanık sıfatındaki kişiye ait bilgilerin haber yapılması ve/veya paylaşılması, zihinlerde suçlu olduğu önyargısını oluşturarak bu kişinin toplum içindeki statüsünün ve itibarının derinden sarsılmasına neden olmaktadır⁴⁴.

Lekelenmeme hakkında geçen lekelenmeme kelimesi, lekelenme kelimesinin olumsuzluğundan oluşmuş olup lekelenme; TDK sözlüğünde, “*adı kötüye çıkma, kötü tanınma*” olarak açıklanmaktadır⁴⁵. Esasen lekelenmeme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6’da ve Anayasa m. 36’da düzenlenmekte⁴⁶ olan adil yargılanma hakkının temel unsurlarındandır. Adil yargılanma hakkı, toplumsal barışın ve düzenin tesisi ve gelişiminde önemli rol oynamaktadır. Adil yargılanma hakkı, yargı organları tarafından verilen kararlardan çok söz konusu kararların oluşma

⁴² GÜLSÜN, Ramazan, “İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı (Human Dignity and Right not to be Labelled as Criminal)”, *International Journal Of Legal Progress*, ISSN: 2149-6021, Cilt: 1, Sayı: 2, 2015, s. 18.

⁴³ KARA, Eyüp, “Lekelenmeme Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 43, 2012, s. 257.

⁴⁴ GÜLSÜN, s. 20.

⁴⁵ TDK Sözlük. <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.04.2021.

⁴⁶ Anayasa m. 36: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

AİHS Adil Yargılanma Hakkı başlıklı m. 6/1: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

sürecinde işlev görmektedir. Aynı koruma lekelenmeme hakkı için de söz konusu olduğu için bu iki hakkın birbiriyle sıkı sıkıya bağlantılı olduğunu ifade etmek gerekir. Bu bağlantı çerçevesinde olmak üzere, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan makul sürede yargılanma hakkı, kişinin uzun yıllar ceza tehdidi ve suç şüphesi altında kalmasını önlemek yoluyla lekelenmeme hakkına hizmet etmektedir.

Suçlu sayılmama ya da masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Bu karineye uyarınca; suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimse suçsuzluğunu ispatla yükümlü değildir. Zira suç şüphesi altında bulunma hali, sanıklık, kendine özgü bir statü olup suç şüphesi altındaki kişi henüz suçlu ilan edilmiş değildir⁴⁷. Dolayısıyla kişi, ne suçlu ne de masumdur; sadece suçlu olduğu tahmin⁴⁸ edilmektedir. Bu noktada işlev gören masumiyet karinesi, hakkında kesin hüküm verilinceye kadar kimseye suçlu damgası vurulmasını temin etmektedir. Dolayısıyla lekelenmeme hakkı masumiyet karinesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilmektedir⁴⁹. Zira masumiyet karinesi, kişinin hakkında kesin hüküm tesis edilene kadar suçlu gibi muamele görmesini engellemeyi hedeflerken; lekelenmeme hakkı kişinin toplum önündeki saygınlığını korumasını hedeflemektedir. Lekelenmeme hakkı masumiyet karinesinden kaynaklanmaktadır.

Lekelenmeme hakkı, soruşturma aşaması ve kovuşturma aşamasında olmak üzere iki farklı şekilde ele alınabilir. Ceza Muhakeme Kanunu m. 157'de yer alan "*Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.*" Hükmü gereğince soruşturma aşamasının gizli bir şekilde yürütülmesi esastır. Nitekim TCK m. 285'te yer alan "*Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. ...*" hükmü, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile

⁴⁷ CENTEL, Nur / ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 152.

⁴⁸ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 44.

⁴⁹ ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 223.

soruşturmanın gizliliği ilkesini koruma altına almıştır. Gizlilik esaslı soruşturma, gerek masumiyet karinesinin gerekse lekelenmeme hakkının hayata geçirilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla ceza yargılamasında maddi gerçek; lekelenmeme hakkı, insan onurunun korunması, gizlilik esaslı soruşturma ilkesi gibi ceza yargılaması hukukunun temel ilkelerini esas alarak, hukuka uygun biçimde ortaya çıkarılmalıdır⁵⁰. Burada amaç, sanık veya şüphelinin toplum nezdinde küçük düşmesini engelleyerek kişinin lekelenmesini önlemektir. Ancak günümüzde basın ve yayın organları sebebiyle bu hakkın çok yaygın bir şekilde ihlal edildiği görülmektedir.

Lekelenmeme hakkı, soruşturma evresinde olduğu gibi kovuşturma evresi için de esastır⁵¹. Zira sanığın suçu henüz sabit değildir ve sanık yargı kararı kesinleşinceye kadar suçlu bulunmadığı bu süreç boyunca suçlu olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla kovuşturma evresinde lekelenmeme hakkı masumiyet karinesinin yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır⁵².

B. Vergi Mahremiyeti Açısından Lekelenmeme Hakkı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, vergi mahremiyetinin gereği olarak devlet, vergilendirme sürecinde öğrenmiş olduğu bu bilgileri korumak zorundadır. Zira vergi mükellefleri ve/veya sorumlularının temel hak ve özgürlüklerinden birini oluşturan özel hayatlarının gizliliğine uymak ve bu doğrultuda vergi mahremiyeti kapsamındaki bilgilerini üçüncü kişilere karşı korumak devletin görevlerindedir⁵³. Ayrıca çağdaş vergi sistemleri, beyan sistemi üzerine inşa edilmiştir. Beyan sisteminde vergilendirme işlemleri esnasında elde edilen bilgilerin, bilgiyi elde eden tarafından ve kanunda belirtilen kişilerce saklanması ve korunması, mükelleflerin idareye olan güveninin ve vergi sisteminin doğru ve sıhhatli şekilde işlediğine olan inancının artması dolayısıyla kendini daha fazla hukuki güvenlikte hissetmesine vesile olmakta, bu sayede sistem daha

⁵⁰ ÇALIŞKAN, "Lekelenmeme Hakkı", hukukihaber.net, Erişim Tarihi: 26.11.2020.

⁵¹ ÇALIŞKAN, "Lekelenmeme Hakkı", hukukihaber.net, Erişim Tarihi: 26.11.2020.

⁵² Bkz. ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

⁵³ ARSLAN, Çetin, "Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362)", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2) 2013, s. 16.

sağlıklı bir şekilde işlemektedir. Dolayısıyla; vergi mahremiyetinin hem mükellef hem de vergi idaresinin yararına bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir.

Vergi mahremiyeti, mükelleflerin sadece maddi haklarına ilişkin değil; manevi haklarına ilişkin de bir koruma sağlamaktadır. Çünkü vergi mahremiyeti kapsamında korunan belge ve bilgilerin sızdırılması, mükellefin sadece iş hayatını olumsuz etkilemez aynı zamanda onun toplum nezdinde saygınlığını da sarsabilir. Nitekim lekelenmeme hakkı da kişinin şeref ve haysiyetini, insanlık onurunu, saygınlığını korumaktadır. Dolayısıyla mükelleflerin manevi haklarını koruyucu muhtevasıyla lekelenmeme hakkı, vergi hukuku açısından vergi mahremiyeti kavramı ile uygulama kabiliyeti bulmakta ve hayata geçirilmektedir. Lekelenmeme hakkı, vergi mahremiyeti ile mükellef haklarına hizmet etmekte, mükelleflerin ve bağlantılı olduğu kişilerin hukuki güvenlikleri bu yolla korunmaktadır. Dolayısıyla vergi mahremiyetinin ihlali aynı zamanda lekelenmeme hakkının da ihlali anlamına gelmektedir. Vergi mahremiyeti, vergi hukuku açısından bilhassa vergi ceza yargılamasında lekelenmeme hakkına hizmet eder mahiyettedir.

Vergi mahremiyeti ile ilgili temel düzenleme olan VUK' un 5'inci maddesinin 5'inci fıkrası da vergi mahremiyeti kavramının lekelenmeme hakkı ile olan bağlantısı noktasında dikkat çeken bir düzenlemedir. Söz konusu düzenleme; *"açıklanan bu bilgiler ele alınarak yükümlülerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilemez"* şeklindedir. Bu hüküm ile bilgilerinin kullanılması suretiyle mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına saldırılmasının önlenmesi ve saldırılması halinde ilgililerin cezalandırılması amaçlanmaktadır⁵⁴. Kanun koyucu, bu düzenleme ile vergilendirme işlemlerinde mükelleflerin hukuki güvenliğini temin etmektedir⁵⁵. Dolayısıyla bu düzenleme de kişinin şeref ve haysiyetini koruyucu muhtevasıyla lekelenmeme hakkıyla direkt bağlantılı bir düzenlemedir.

Vergi ceza hukuku açısından bakıldığında, lekelenmeme hakkı basın özgürlüğü ile de bağlantılı olup bu bağlantı, özellikle vergi ceza yar-

⁵⁴ KARAKOÇ, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin, Ankara 2016 s.531.

⁵⁵ KARAKOÇ, s.314; ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 215.

günlük yaşamında büyük önem taşımaktadır. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 28'inci maddesi ile basın özgürlüğü anayasal düzlemde koruma altına alınmıştır⁵⁶. Bir yandan basın özgürlüğü koruma altına alınırken bir yandan da yargılamaların ancak anayasal sınırlar içerisinde yayın yasağına konu olacağı hükme bağlanmıştır. Bu sınırlamada, Anayasa'nın 26 ve 27'nci maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buradan hareketle, basın özgürlüğünün sınırlarını, "başkalarının şöhret ve haklarının korunması", "devletin ve toplumun korunması" ve "ahlakın korunması" olmak üzere üç genel kategori altında toplamak mümkündür⁵⁷. Dolayısıyla lekelenmeme hakkı, basın özgürlüğü ile yakın bağlantılıdır. Zira bu hak, basın yayın organlarına çeşitli yükümlülükler yüklemektedir. Vergi mahremiyetinin ihlali kapsamında değerlendirildiğinde, kovuşturmayla ilişkin mahkemeye yansıyan bilgi ve belgeler yargılamaların aleniliği ilkesi gereği, basın yoluyla kamuya yansıtılabilecektir. Ancak bu paylaşımların belirlenen kriterlere uygun olarak, farklı ithamlar içermeksizin yapılması, lekelenmeme hakkının gereğidir. Ayrıca uyumsuzluk konusu dışında yer alan ve vergi mahremiyetine giren bilgi ve belgelerin, basına yansımaları halinde, bilgi ve belgeleri paylaşanlar vergi mahremiyetini ihlal suçunu işlemiş olacaktır.

Vergi ceza yargılamasında örneğin; vergi kaçakçılığı suçundan yargılanmakta olan bir mükellef hakkında kesin hüküm verilmeye kadar mükellefin basın yayın yoluyla vergi kaçakçısı ilan edilmesinin önüne geçilmesi bakımından gerek vergi mahremiyeti gerek lekelenmeme hakkı korumayı hedeflediği amaç itibarıyla birbirleriyle örtüşmektedir. Ancak bu noktada örneğin; vergi mahremiyetinin istisnalarından olan "sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandık-

⁵⁶ "Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz....

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27'nci maddeleri hükümleri uygulanır....

Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz."

⁵⁷ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Türkiye'de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 44

ları **vergi inceleme raporuyla** tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına bildirilmesi” uygulaması ve **vergi yüzüzlerinin ilanı** uygulamasının lekelenmeme hakkının sağladığı korumayı zayıflattığı hatta mükelleflerin lekelenmeme hakkını ihlal ettiği açıktır. Zira yargı mercilerince kişi hakkında henüz kesin hüküm tesis edilmiş değildir.

Sonuç olarak, basına yansıyan haberler ve yorumlar neticesinde, suç isnadı altında olanlar ve yakınları nezdinde telafisi güç zararlar doğmaktadır. Basın aracılığıyla oluşturulan suçluluk ya da suçsuzluk algısı, mahkemeleri doğrudan tesiri altına alabilmektedir. Kesinleşmiş bir hüküm bulunmaksızın, emarelerden yola çıkılarak toplumda oluşturulan algı neticesinde, tarafların kesinleşmiş bir hükümle suçlu ya da suçsuz bulunması halinde toplum üzerinde vicdani bir tatmin sağlanamamaktadır. Buna ilaveten, toplum nezdinde adalet sistemine olan güvenin azalması da kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle, basın özgürlüğünün masumiyet karinesine ve lekelenmeme hakkına azami derecede özen gösterilerek kullanılması şarttır. Bunu sağlamayabilmek adına, bu minvalde yapılan yayınlar açısından hukuki danışmanlık alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sayede adli olaylar basına yansımadan hukuki bir süzgeçten geçirilerek lekelenmeme hakkı gibi hak ihlallerinin önüne geçilebilecektir.

V. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Kişisel verilerin dünya genelinde kolayca paylaşılır hale gelmesinin doğurduğu sorunlar, ülkeleri kişisel verilerin korunması konusunda hukuki düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir⁵⁸. Vergi hukuku açısından konuya bakıldığında, Devlet, mükellefler ve/veya sorumlularının, temel hak ve özgürlüklerinden birini oluşturan özel hayatlarının gizliliğine uymak ve bu bağlamda vergi mahremiyeti kapsamındaki bilgilerini üçüncü kişilere karşı korumak zorundadır⁵⁹. KVKK'nın yürürlüğe girmesinden sonra konuya olan ilgi artmış olsa da VUK ve AATUHK kapsamında karşımıza çıkan vergi mahremiyeti, bu minvalde vergisel veri-

⁵⁸ AKGÜL, Aydın, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, Danıştay Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 133, s. 25.

⁵⁹ ARSLAN, Çetin, “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362)”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 16.

lerin korunmasına hizmet eder mahiyettedir. Bir diğer anlatımla, kişisel verilerin korunması, vergi hukukunda vergi mahremiyeti olarak karşılık bulmaktadır.

KVKK gerçek kişilerle sınırlı bir koruma getirmiş olduğu için, gerçek kişi mükellefler KVKK'ya tabi olup bu kapsamdaki sınırlamalara tabi iken; tüzel kişi mükellefler veya tüzel kişiliği olmayan mükellefler KVKK'ya göre daha koruyucu olan Anayasa m. 20/3'e göre kişisel verilerinin korunmasını talep edebilecektir. Zira Anayasa m. 20/3 hükmü, kişisel verilerin korunmasının kapsamını geniş tutarak herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca KVKK m. 5, 8, 9 ve KVKK m. 28 hükümleri gereği, mali verilerin işlenmesi veya aktarılmasında açık rızaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Yine gerçek kişi mükelleflere ilişkin olan verilerle ilgili olarak KVKK m.28/2-ç uyarınca devletin ekonomik ve mali çıkarları için gerekli olması halinde, veri sorumlusunun haklarına ilişkin KVKK m. 11 ve veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğünün düzenlendiği KVKK m. 16'nın uygulanmasından imtina edilebilecektir. Dolayısıyla KVKK'nın getirdiği istisna ve sınırlandırmalar, kişisel verilerin korunmasına değil; toplanması ve ilgili otoriteler tarafından özgürce kullanılmasına hizmet eder mahiyettedir.

Vergi mahremiyeti, ceza yargılamasında sanık ve/veya şüpheli hakları kapsamında yer alan lekelenmeme hakkı ile de yakın temas halinde olup düzenleniş amaçları itibariyle birbirlerine hizmet eder nitelik taşımaktadır. Zira vergi mahremiyeti yoluyla mükellefin mali verilerinin korunması, sonuçları itibariyle, mükellefin sadece maddi alanına değil; manevi alanına ilişkin de bir koruma sağlamaktadır. Çünkü vergi mahremiyeti kapsamında korunması icap eden bilgilerin sızdırılması, mükellefin iş hayatını etkilemenin ötesinde onu toplum nezdinde de zor duruma düşürebilecek, saygınlığını sarsabilecektir. Aynı şekilde, lekelenmeme hakkı da kişinin şeref ve haysiyetini, insanlık onurunu, saygınlığını korumakta olup manevi alanına ilişkin bir koruma sağlamaktadır. Ancak bu noktada VUK m. 5'te yer alan ve lekelenmeme hakkını ihlal eder mahiyette düzenlemeler içeren vergi mahremiyetindeki bu istisnai durumların tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Her ne kadar ceza yargılamasında amaç maddi gerçeği ortaya çıkarmak olsa da burada insanlık onuru, şeref ve haysiyetinin korunması esastır. Bir diğer anlatımla, maddi gerçeğin, insanın manevi haklarını hiçe sayarak, ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Buna binaen lekelenmeme hakkının önemi, hukukun her sahasında her geçen gün artmaktadır. Dolayısıyla lekelenmeme hakkı, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak adil yargılanma hakkı ve onunla bağlantılı olarak masumiyet karinesi gibi haklar kapsamında, vergi ceza yargılamasında da gerek soruşturma gerekse soruşturma aşamasında riayet edilmesi gereken ilkeler arasındadır.

Öte yandan, lekelenmeme hakkı ile basın özgürlüğü ile korunan menfaatler kimi zaman çatışma halindedir. Bu noktada lekelenmeme hakkı, insan şeref ve onurunu koruyucu muhtevasıyla, basın özgürlüğü açısından da bir sınır niteliğindedir. Zira suçluluğu kesinleşmiş yargı kararı ile sabit olmadıkça, kişilerin suçsuzluğu esastır. Bu anayasal hükmü zedeleyici her yayın/paylaşım, toplum nezdinde kişileri suçlu ilan edebilmekte ve telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilmektedir. Sonuç olarak bu durum, basın yayın kuruluşları dâhil toplumu oluşturan herkese, suç şüphesi altındaki kişilerin toplum nezdinde mahkûm edilmesine, manevi alanının zedelenmesine neden olacak her türlü davranıştan kaçınma şeklinde bir yükümlülük getirmektedir.

KAYNAKLAR

- AKGÜL, Aydın, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 133, 2013.
- ARSLAN, Çetin, “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362)”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 15-30.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, Türkiye’de Vergi Şeffaflığı, *Vergi Dünyası*, Yıl: 37, Sayı: 443, Temmuz 2018 s. 17, <https://www.fundabasaran.com/pdf/turkiye-de-vergi-seffafli.pdf>, Erişim Tarihi: 15.03.2022.
- BİLGİN, Sibel / YILMAZ, Arzu, “Vergi Güvenliği Açısından Otomatik Bilgi Değişimi”, *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi*, Eylül 2019, s. 358-375.
- CENTEL, Nur / ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- ÇALIŞKAN, Suat, “Lekelenmeme Hakkı”, hukukihaber.net, Erişim Tarihi: 26.11.2020.
- DURDU, Muhammet, Mükellef Verilerinin Korunması ve Vergi Mahremiyeti, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, 2019, s. 589-623.
- EGELİ Haluk / DAĞ Mehmet, “Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Sayı: 163, Aralık 2012, s. 130-146.
- ERCAN, Mehmet Sercan, Kovuşturma Evresinde Sanığın Hakları, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2019, s. 181- 197.
- GÜLSÜN, Ramazan, “İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı (Human Dignity and Right not to be Labelled as Criminal)”, *International Journal Of Legal Progress*, ISSN: 2149-6021, Cilt: 1, Sayı: 2, 2015 s. 17-42.
- KARA, Eyüp, “Lekelenmeme Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 43, 2012, s. 257-266.

- KARA, Şerafettin, “Vergi Mahremiyeti Kapsamına Giren Hususların Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Yıl: 8, Sayı: 32, Ekim 2017, s. 269-281.
- KARATAŞ DURMUŞ, Neslihan, “Ticari Sırların Ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Vergi Mahremiyeti”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Temmuz 2017, Sayı: 31, s. 371-409.
- KOCATEPE, Metin, Türk Vergi Hukukunda Mükellefin Vergi Mahremiyeti Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- OKTAR, S. Ateş, Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018.
- ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2007.
- SONSUZOĞLU, Elif, “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları*, Sayı: 141, 2000, s. 116-134.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TAŞ, Fatma, Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008.
- ÜNAL, Noyan Alper, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti Esası”, *Yaklaşım Dergisi*, Ocak 2004.
- ÜNSAL, Hilmi, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 3, 2003, s. 27-48.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, Sayı: 58, 2005, s. 41-72.

YILDIZ, Yiğit, “Kişisel Verilerin Korunmasının Vergi Mahremiyeti ile Etkileşimi”, *Kişisel Verilerin Korunması Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2019, s. 1-16.

TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> Erişim Tarihi: 12.11.2021.

TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15.04.2021.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2021.

KVKK Gereçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2021.

TÜRK HUKUKU VE AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFLERİ İŞİĞİNDA TELE-TIP

Öğr. Gör. Dr. Pelin ÇAVDAR*

Öz

Yüz yüze sağlık hizmetlerinin yerine alternatif olarak, sağlık hizmetlerinin uzaktan sağlanması zaman geçtikçe yaygınlaşmaktadır. Hasta ile hekimin fiziksel olarak aynı ortamda bulunmaksızın, teknolojik araçlar kullanılarak gerçekleştirilen sağlık hizmeti tele-tıp olarak adlandırılmaktadır. Avrupa Birliği hukukunda tele-tıp hizmetlerine ilişkin temel Direktif 2011/24 sayılı Direktif'tir. Diğer AB Direktifleri ise, niteliğine uygun olduğu ölçüde tele-tıp hizmetlerinde de uygulanabilir niteliktedir. Türk hukukunda tele-tıp hizmetleri üst sözleşme olarak mesafeli hizmet sözleşmesi, hekim ile hasta arasındaki esas sözleşme ise vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Türk hukukunda konuya özgü ilk düzenleme olan Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik 10.02.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla söz konusu Yönetmelik hükümleri konuya ilişkin olarak öncelikle uygulama alanına sahiptir. Bu Yönetmeliğin yetersiz kaldığı hususlarda ise, konuya ilişkin yürürlükte olan yasal mevzuatlar niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Anahtar Kelimeler

* Öğr. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Marmara University, Vocational School of Justice, İstanbul, Turkey.

✉ pelin.cavdar@marmara.edu.tr • ORCID 0000-0002-5595-216X

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇAVDAR Pelin, "Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri İşığında Tele-Tıp", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 755-785.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Tele-Tıp • Uzaktan Sağlık Hizmeti • Avrupa Birliği Direktifleri • Türk Hukuku
• Yasal Düzenlemeler

Tele-Medicine In The Light Of Turkish Law And European Union Directives

Abstract

As an alternative to face-to-face health services, remote provision of health services is becoming more common. Tele-medicine is the health service performed by using technological tools without the patient and physician being physically in the same area. The main Directive on tele-medicine services in European Union law is Directive 2011/24. Other EU Directives are applicable to tele-medicine services to the extent that they are suitable for their nature. In Turkish law, tele-medicine services should be evaluated within the scope of the distance service contract as the super contract, and the main contract between the physician and the patient within the scope of the mandate contract. The Regulation on the Delivery of Remote Health Services, which is the first subject-specific regulation in Turkish law, entered into force on 10.02.2022. Therefore, the provisions of the mentioned Regulation primarily have a field of application in relation to the subject. In cases where this Regulation is insufficient, the legal regulations in force on the subject will find an area of application.

Key Words

Tele-Medicine • Remote Health Care • European Union Directives • Turkish Law • Legal Regulations

GİRİŞ

Tele-tıp (uzaktan sağlık hizmeti sunumu), hasta ile hekim fiziki olarak aynı ortamda bulunmaksızın, teknolojinin yardımıyla gerçekleştirilen iletişim yöntemleriyle tıbbi faaliyetlerin uzaktan sağlanması olarak tanımlanmaktadır. Tele-tıp yoluyla sağlık hizmetlerinin sunulması hekime daha rahat ulaşabilme, kronik hastalıkların takibi, bekleme sürelerinin kısılması, tedavi ve yolculuk maliyetlerinde azalma, konunun uzmanı hekimlerden görüş alabilme imkânına sahip olma, özellikle engelli ve yaşlıların sağlık hizmetine daha kolay erişim sağlama gibi avantajlar sağlamaktadır.

Belirtilen avantajlara sahip olmasına rağmen, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin mevcut olmaması veya yetersiz olması sebebiyle tele-tıp hastalar tarafından yaygın bir şekilde kullanılmamaktaydı. Avrupa Birliği (AB) hukukunda tele-tıp hizmetleri tüketici işlemi kapsamında kabul edilmemektedir ve farklı Direktiflerle düzenlenmektedir. Özellikle

2011/24 sayılı sınır ötesi sağlık hizmetlerinde hastanın haklarına ilişkin AB Direktifi konuya ilişkin temel mevzuat niteliğindedir. Ancak bu Direktif dışında, 2000/31 sayılı AB e-ticaret Direktifi, 2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü ve 85/374 sayılı ayıplı ürün sorumluluğu gibi Direktifler de niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulama alanına sahip olan Direktifler arasındadır.

Türk hukukunda, tele-tıp hizmetlerine özgü ilk yasal düzenleme 10.02.2022 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmeliktir. Bu Yönetmelikte, uzaktan sağlık hizmeti sunmak isteyen tesislerin sahip olması gereken şartlar, uzaktan sağlık hizmetinin sunulabileceği haller, uzaktan sağlık hizmetinin sunumunda hastanın bilgilendirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi konular yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hâllerde, ise sağlık hukukunda ilişkin temel mevzuatlar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), Türk Borçlar Kanunu (TBK), Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun (KVKK), Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik (KSVY) ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) gibi mevzuatlar niteliğine uygun olduğu ölçüde tele-tıp hizmetlerinde de uygulanabilir niteliktedir.

Çalışmamızda, AB hukuku ve Türk hukukunda tele-tıp hizmetine ilişkin çeşitli yasal düzenlemeler incelenecektir. Bu bağlamda, AB hukukunda tele-tıp hizmetinin nitelendirilmesi, tele-tıp uygulayan sağlık profesyonellerinin ruhsatlandırılması, sağlık verilerinin korunması, geri ödeme, sağlık hizmet sağlayıcısının sorumluluğu ve üreticinin sorumluluğu konuları Direktifler ışığında anlatılacaktır. Bu açıklamalardan sonra, Türk hukukunda tele-tıp hizmetinin nitelendirilmesi, hastanın bilgilendirilmesi, sağlık verilerinin korunması, gizliliği ve hatalı tıbbi uygulama (malpraktis) konuları hakkında bilgi verilecektir.

I. TELE-TIP KAVRAMI

Tele-tıp, sağlık uzmanı ve hastanın (veya iki sağlık uzmanının) aynı yerde bulunmaması halinde bilişim ve iletişim teknolojilerinin kullanılması yoluyla sunulan sağlık hizmetidir¹. Tıbbi veri ve bilgilerin gü-

¹ Dünya Tabipler Birliği'nin tanımına göre tele-tıp, "müdahalelerin, tanıların, tedavi kararları ve önerilerinin telekomünikasyon sistemleri aracılığıyla iletilen hasta verilerine, belgelerine ve diğer bilgilere dayandığı uzaktan tıp uygulamasıdır." Tele-sağlık ise, "sağlık ve sağlık bakım hizmetleri ve bilgilerin büyük ve küçük uzaklıklarda sunulabilmesi için bilgi ve iletişim teknolojisinin kullanılmasıdır" şeklinde tanımlanmıştır. https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/teletip_hakinda_gorus.pdf; GIANFRANCO,

venli bir şekilde ses, görüntü veya diğer formlar aracılığıyla iletilmesini, önleme, teşhis, tedavi ve hasta takibini kapsar². Nitekim Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) 2010 yılında yayınladığı tele-tıp raporundaki tanıma göre, *“mesafenin kritik bir faktör olduğu durumlarda, hastalık ve yaralanmaların tanı ve tedavisi ve hastalıklardan ve yaralanmalardan korunulması; araştırma, değerlendirme ve sağlık çalışanlarının sürekli eğitimi ile bireylerin ve toplumlarının sağlığını geliştirmek ile ilgili bilgi alışverişi için, sağlık profesyonelleri tarafından, bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak sağlık hizmeti sunumu”* olarak ifade edilmiştir³.

Tele-tıp, uzaktan radyoloji, uzaktan cerrahi, uzaktan psikiyatri, uzaktan patoloji, uzaktan dermatoloji, hekimler arasında telekonsültasyon gibi çok çeşitli ve farklı hizmetleri kapsamaktadır⁴. Tele-tıp, Avrupa sağlık sistemlerinin karşılaştığı büyük zorlukların ele alınmasına yardımcı olabilir. Örneğin; uzaktan izleme kronik hastalığı olan hastaların yaşam kalitesini şu yollarla iyileştirebilir; kendi kendine yönetim çözümleri ve evden uzakta izleme, hastaneye yatış maliyetlerini azaltır ve gereksiz acil ziyaretlerden tasarruf sağlar⁵. Tele-tıp aynı zamanda uzak veya seyrek nüfuslu, uzman sağlık personelinin olmadığı yerlerde yüksek kaliteli hizmetler sunarak, sağlık hizmetine erişimi kolaylaştırmaktadır⁶. Tele-tıp ayrıca Avrupa ekonomisine de önemli ölçüde katkıda

Gioia/ SALDUCCI, Mauro, “Medical and Legal Aspects of Telemedicine in Ophthalmology”, Romanian Journal of Ophthalmology, 63 (3), 2019, 197; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 25. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, 1020.

² <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0414:FIN:EN:PDF>, Erişim Tarihi:28.03.2022

³ https://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf, Erişim Tarihi:28.03.2022.

⁴ GOREA, Rakesh, “Legal Aspects of Telemedicine: Telemedical Jurisprudence”, Punjab AcadForensic Med Toxicol, 5 (43), 2005, s.3; DIERKS, Christian, “Legal Aspects of Telepathology”, Analytical Cellular Pathology, 21, 2000, s.97; DAAR, Judith F./ KOERNER, Spencer, “Telemedicine: Legal And Practical Implications”, 19 Whittier Law Review, 19, 1997,s.4.

Tele-tıp hizmetinde uzaktan teşhis ve tedavi yönünün ağır basmaması gerektiğine ilişkin bkz. HAKERİ, Tıp, s.1023.

⁵ WIBBERLEY, Laura E. A, “Telemedicine in Illinois: Untangling The Complex Legal Threads”, The John Marshall Law Review, 50(885), 2017, s.887.

⁶ AMAR, Gupta/ DETH, Sao, “The Constitutionality of Current Legal Barriers To Telemedicine In The United States: Analysis And Future Directions Of Its Relationship To National And International Health Care Reform”, Health Matrix,

bulunmaktadır. Belirtilen avantajlara sahip olmasına rağmen, tele-tıp hizmetlerinde hasta ile hekim arasındaki iletişimin teknolojik bir araç ile sağlanmasının hasta-hekim arasındaki güvene dayalı olan ilişkiye ve hastanın mahremiyetine zarar verebileceği de belirtilmektedir⁷.

AB'de tele-tıp hizmetine özgü, ayrı ve bağımsız bir direktif bulunmamaktadır. Üye ülkenin sınırlarını aşarak, bir başka üye ülkede alınan tele-tıp hizmeti çeşitli AB Direktiflerinde düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, AB hukukunda Tüketici Haklarını düzenleyen 2011/83 sayılı Direktif'in 3. maddesinde⁸, sağlık hizmetlerinin bu Direktif'in kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmektedir. Bir başka ifadeyle, AB hukukunda sağlık hizmetleri tüketici hukuku kapsamında değildir. AB hukukunda tele-tıp hizmetini yasal çerçevesi, aşağıda daha ayrıntılı yer vereceğimiz üzere esas olarak 2011/24 sayılı Direktif ile düzenlenmektedir.

Türkiye'de Sağlık Bakanlığı, e-nabız uygulaması ("e-nabız: İlgili kişilerin sağlık verilerine kendilerinin, hekimlerin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimini sağlayan, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak Bakanlıkça kurulan sistemi"⁹) ile entegre olarak tele-tıp ve tele-radyoloji sistemi geliştirmiştir¹⁰. Türk hukukunda tele-tıp hizmetine ilişkin en güncel düzenleme 10.02.2022 tarihinde yürürlüğe giren Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumuna İlişkin Yönetmeliktir¹¹. Bu yönetmelikte tele-tıp hizmetine özgü temel usul ve esaslar düzenlenmektedir. Bu bağlamda, özellikle tele-tıp hizmetinin kapsamı, hastanın bilgilendirilmesi, kişisel verilerinin ve mahremiyetin korunması gibi hususlara ilişkin özel hükümler yer almaktadır.

21(385), 2011, s.387; CARYL, Christopher J., "Malpractice and Other Legal Issues Preventing The Development of Telemedicine", Journal of Law and Health, 12(173), 1997, s.177.

⁷ Bkz. Tele-tıp Uygulamalarına Yönelik Türk Tabipler Birliği Etik Kurulu Görüşü, https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/teletip_hakkinda_gorus.pdf Erişim Tarihi: 01.04.2022.

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN> Erişim Tarihi:30.03.2022

⁹ Bkz. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik md.4. Yönetmelik Sayısı: 30808, RG 21.06.2019.

¹⁰ <https://teletip.saglik.gov.tr/> Erişim Tarihi:28.03.2022.

¹¹ Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik Tarih: 10.02.2022/31746.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA TELE-TIP HİZMETİNİN NİTELENDİRİLMESİ

A. SAĞLIK HİZMETİ OLARAK TELE-TIP

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (The Treaty on the Functioning of the European Union) 56. maddesi çerçevesinde¹², tele-tıp hizmeti serbest dolaşım kapsamında sunulan hizmetlerden biridir. Üye devletler ancak kamu menfaatini koruma gibi zorunlu ve objektif sebeplerin varlığı halinde serbest dolaşıma sınırlama getirme imkânına sahiptir.

Sınır ötesi tele-tıp hizmetleri ise, AB'nin 2011/24¹³ sayılı Direktifi kapsamına girmektedir¹⁴. Zira söz konusu Direktifin 1 (2). maddesinde, sağlık hizmetinin nasıl organize edildiği, sunulduğu veya finanse edildiğine bakılmaksızın hastaya Direktif hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle, "sunulduğu" ibaresinden de anlaşılacağı üzere, Direktif'in uygulanması için sağlık hizmetinin yüz yüze sunulmasına gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tele-tıp yoluyla sağlanan sağlık hizmetinin sunulması da bu kapsamdadır. Bu Direktif'in 3 (d) ve 7 (7) maddelerinde açıkça "tele-tıp" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Direktif'in 3 (d) maddesine göre, tele-tıp hizmetinin sağlık hizmet sağlayıcısının yerleşik olduğu üye devlette sunulmuş olduğu kabul edilmektedir.

B. BİLGİ TOPLUMU HİZMETİ OLARAK TELE-TIP

AB hukukunda konuya ilişkin 2000/31 sayılı AB e-ticaret Direktif'i¹⁵ bilgi toplumu hizmetinin serbest dolaşımını sağlamak için yasal bir çerçeve oluşturmaktadır. Bu Direktif dışında, 98/34 sayılı Düzenleyici Şeffaflık Direktifi¹⁶ de konuya yön veren Direktiflerinden bir diğeridir.

¹² The Treaty on the Functioning of the European Union Art.56; "Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Union shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended..." <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> Erişim Tarihi:25.03.2022

¹³ AB'nin 2011/24 sayılı Direktif hükümleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0024&from=EN> Erişim Tarihi:25.03.2022.

¹⁴ GIANFRANCO/MAURO, s.197.

¹⁵ AB'nin 2000/31 sayılı Direktif hükümleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> Erişim Tarihi:25.03.2022

¹⁶ AB'nin 98/34 sayılı Direktif hükümleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0034&from=EN> Erişim Tarihi:25.03.2022.

Tele-tıp hizmetinin AB hukukunda bilgi toplumu hizmeti kapsamında değerlendirilebilmesi için 2000/31 sayılı Direktif'in 2. ve 98/34 sayılı Direktif'in 1. maddelerine göre, birtakım unsurların varlığı aranmaktadır. Bu unsurlar; hizmetin ücret karşılığında yapılması, mesafe, elektronik araç ve hizmet alıcısının kişisel talebidir. Tele-tıp hizmeti açısından bu unsurları incelediğimizde; tele-tıp hizmetinin bir ücret karşılığı sağlandığı şüphesizdir. Hekim ile hasta yüz yüze olmadıkları için aralarında bir mesafe söz konusudur. Tele-tıp hizmeti görüntülü konuşma gibi elektronik araçlarla yerine getirilmektedir ve hastanın talebiyle hekim tarafından kendisine söz konusu hizmet sağlanmaktadır. Dolayısıyla, tele-tıp hizmeti ilgili Direktiflerde belirtilen unsurları taşıdığı için, AB hukukunda bilgi toplum hizmeti kapsamında değerlendirilmelidir ve bu Direktiflerdeki hükümler niteliğine uygun olduğu ölçüde tele-tıp hizmeti bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.

III. AB HUKUKUNDA SINIR ÖTESİ GERÇEKLEŞTİRİLEN TELE-TIP HİZMETİNE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Tele-tıp Uygulayan Sağlık Profesyonellerinin Ruhsatlandırılması/Kaydı

Konuya ilişkin 2011/24 sayılı AB Direktifi'nin 4 (1). maddesine göre¹⁷, sınır ötesinde sunulan sağlık hizmetinin, tedavinin yapıldığı üye devletin mevzuatına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Tele-tıpta tedavinin yapıldığı üye devlet, tele-tıp uygulayan sağlık hizmet sağlayıcısının yerleşik olduğu üye devlettir (Art.3(d))¹⁸. Bu bilgiler ışığında, tele-tıp uygulayan sağlık hizmet sağlayıcısının yerleşik olduğu üye devlette gerekli olan koşulları yerine getirmiş olması kaydıyla, diğer üye devletlerde de tele-tıp uygulaması mümkündür. Bu koşullar dışında sağlık hizmet sağlayıcısı olan hekime ek bir yükümlülük getirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, A üye devletinde yerleşik bulunan hekim, sadece A üye devletinde tele-tıp için aranan akreditasyon ve yasal gereklilikleri yerine getirmiş olmak kaydıyla, kendi üye devletinden B üye devletinde bulunan hastalara tele-tıp uygulayabilecektir.

¹⁷ AB'nin 2011/24 sayılı Direktif hükümleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0024&from=EN> Erişim Tarihi:26.03.2022.

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0024&from=EN> Erişim Tarihi:26.03.2022.

B. Sağlık Verilerinin Korunması

Sağlık verilerinin korunması Avrupa Birliğinde çeşitli direktiflerle düzenlenmektedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (The Treaty on the Functioning of the European Union) 16. maddesinde¹⁹, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin (EU Charter of Fundamental Rights) 8. maddesinde de²⁰, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunması hakkına sahip olduğu, bu verilerin belirli amaçlar için kişinin rızasıyla veya başka hukuki temellere dayalı olarak adil bir şekilde işlenmesi gerektiği, herkesin kendisi hakkında toplanan verilere erişme ve bu verileri düzeltirme hakkına sahip olduğu ve bu kurallara uygunluğun bağımsız bir otoritenin denetimine tabi olduğu düzenlenmektedir.

Avrupa Birliğinde kişisel sağlık verileri de dahil olmak üzere, kişisel verilerin korunmasına ilişkin 95/46 sayılı AB Direktifi konuya ilişkin Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü 2016/679 (GDPR)²¹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. GDPR tüm üye ülkelerde 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. GDPR ile Avrupa Birliği'nin tüm üye ülkelerinde verilerin korunmasına ilişkin yeknesak kuralların uygulanması amaçlanmıştır²².

Bu bağlamda, GDPR'nin 4 (1) maddesinde kişisel veri, *"tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir (veri sahibi); tanımlanmış bir gerçek kişi özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişidir"* şeklinde ifade edilmiştir. GDPR'nin 4(15) hükmünde,

¹⁹ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma hükümleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> Erişim Tarihi:26.03.2022.

²⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi hükümleri için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN> Erişim Tarihi:26.03.2022.

²¹ AB'nin 2016/679 sayılı Veri Koruma Tüzüğü hükümleri için bkz. Erişim Tarihi:26.03.2022,<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi:26.03.2022.

²² GIANFRANCO/MAURO, S.199.

“sağlıkla ilgili veri sağlık hizmetlerinin sağlanması da dahil olmak üzere bir gerçek kişinin sağlık durumuyla ilgili bilgilerin açıklandığı, söz konusu gerçek kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkin kişisel veriler” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, kişinin sağlığına ilişkin veri kişisel veri kapsamındadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sağlıkla ilgili kişisel veri AB hukukunda, GDPR'nin 9. maddesinin üst başlığı dikkate alındığında, özel kategorideki kişisel veri olarak nitelendirilmektedir. Bu düzenlemeye göre, sağlık ile ilgili kişisel verilerin işlenmelerinin sınırlı koşullar dışında yasak olduğu düzenlenmektedir. Buna göre, kişisel sağlık verilerinin işlenmesine veri öznesi açık rızasını vermişse, açık rıza söz konusu olmasa dahi kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık sigorta sisteminin kalitesi ile maliyet etkinliğini sağlama söz konusuysa kişisel sağlık verilerinin işlenmesi mümkündür. Özel veriler ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasında daha sıkı ve yakın bir ilişki olduğundan hareketle, söz konusu veriler, diğer kişisel verilere göre daha etkin ve özel olarak koruma altına alınmıştır²³.

Tele-tıp hizmetiyle birlikte öğrenilen sağlık ile ilgili kişisel verilerin işlenmesi amacıyla hastanın rızası alınırken, hastaya alınan verilen ne amaçla kullanılacağı, üçüncü kişi olarak bir başka hekime açıklanabileceği, AB dışında, başka bir veri alanında bulunan veri merkezine gönderilebileceği gibi konularda bilgilerin verilmesi gerekmektedir²⁴. Bu bağlamda, tele-tıp hizmetinde öğrenilen söz konusu kişisel verilerin, AB dışında üçüncü bir ülkeye transfer edilebilmesi için, üçüncü ülkenin kişisel verinin korunacağına ilişkin yeterli güvence sunması gerekmektedir. (GDPR md.41)

Her ne kadar kişisel sağlık verilerinin işlenmesi temel olarak hastanın rızasına dayansa da, buna ek olarak birtakım şartların da mevcudiyeti aranmaktadır. Bu şartlar GDPR'nin 5. maddesinde düzenlenmektedir. Öncelikle toplanan verilerin orantılı olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, veri toplayıcıların hastaya sunulacak sağlık hizmetine yetecek ölçüde bilgi toplamaları gerekmektedir. Dolayısıyla, sunulacak sağlık hizmeti için gerekli olmayan verilerin toplanması söz konusu ol-

²³ ÖGET, Mehmet, “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında Özel Sağlık Kuruluşlarının Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, 85 (3), 2020, s.195.

²⁴ RAPOSO, Vera Lucia, “Telemedicine: The Legal Framework (Or The Lack Of It) In Europe”, GMS Health Technology Assessment, (12), 2016, s.5.

mayacaktır²⁵. Bunun dışında toplanan sağlık verilerinin, sadece tele-tıp hizmeti için kullanılacağı, başka bir amaç için kullanılmayacağı garanti edilmelidir. Örneğin, tele-tıp yoluyla edinilen kişisel sağlık verilerinin sigorta şirketlerine ticari amaçla satılmasına ve bundan kazanç elde edilmesine izin verilmemektedir²⁶. Bir başka önemli husus ise, hastaya kendisiyle ilgili tutulan sağlık kayıtlarının, kâğıtta veya elektronik olarak tutulan örneğine erişimine ilişkin gerekli güvence sunulmalıdır²⁷.

Bu bilgiler ışığında, tele-tıp yoluyla sağlanan hastaya ilişkin sağlık verilerinin, hukuka uygun, adil, şeffaf biçimde işlenmesi, belirtilen, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplanması ve işlenmesi, işlendikleri amaçlarla ilgili olarak yeterli, yerinde ve gerekli olan ile sınırlı tutulması gerekmektedir. (GDPR md.5)

Kişisel sağlık verilerinin belirtilen şekilde işlenmemesi halinde, GDPR'nin 82. maddesi gereğince hastanın tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.

C. Geri Ödeme

Üye devlet vatandaşının bir başka üye devlette aldığı sağlık hizmetine ilişkin yaptığı masrafların, kendi ülkesinde geri almasının mümkün olması kaydıyla, kendisine geri ödeneceği düzenlenmektedir. (2011/24 sayılı AB Direktifi md.7)

Dolayısıyla, başka bir üye devlette tele-tıp hizmeti alan hasta kural olarak yapmış olduğu masrafların kendi ülkesinde geri ödenmesini talep etme hakkına sahiptir. Ancak bu tür bir geri ödeme ancak tele-tıp hizmetinin üye devlette sağlanan sağlık hizmeti kapsamında olduğu hallerde yapılır. Bu noktada üye devletlerin sağlık politikalarını, sağlık hizmetlerinin organizasyonu ve sunumunu belirleme yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir²⁸. Bu yükümlülüğün tele-tıp hizmetlerinin geri ödenip ödenmeyeceği, hangi tele-tıp hizmetlerinin ne oranda geri ödemesi yapılacağı gibi konuları içermesi amaca uygun olacaktır.

Tele-tıp hizmetine ilişkin geri ödeme, üye ülkedeki tele-tıp hizmetiyle aynı oranda yapılacaktır. Üye devletlerin, sigortalı hastaya geri

²⁵ GIANFRANCO/MAURO, s.199.

²⁶ RAPOSO, s.6.

²⁷ RAPOSO, s.6.

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0414:FIN:EN:PDF>,

Erişim Tarihi: 25.03.2022.

ödenecek tele-tıp hizmetleri de dâhil olmak üzere sınır ötesi sağlık hizmetlerinin maliyetlerinin hesaplanması için şeffaf bir mekanizmaya sahip olmaları gerekmektedir.

D. Sağlık Hizmeti Sağlayıcısının Sorumluluğu

Üye devletlerin iç hukuklarında sorumluluk rejimi farklı şekilde düzenlendiği için, AB hukukunda tele-tıp hizmeti sebebiyle meydana gelen zararlara ilişkin yeknesak bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, üye devletler tıbbi uygulama hatalarında kendi iç hukuklarındaki sorumluluk rejimini uygulamaktadır²⁹.

Konuya ilişkin 2011/24 sayılı AB Direktifine göre, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sınır ötesinde sunulan sağlık hizmetinin, tedavinin yapıldığı üye devletin mevzuatına uygun olarak yapılması gerekmektedir (Art.4(1)). Tele-tıpta tedavinin yapıldığı üye devlet, tele-tıp hizmeti sunan sağlayıcının yerleşik olduğu üye devlettir (Art.3(d)). Dolayısıyla, tele-tıp sağlayan sağlık hizmet sağlayıcısının, kendi üye ülkesinde mevcut olan yasal düzenlemelere uygun olarak mesleğini icra etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, üye devletin iç hukukundaki düzenlemelere göre sağlık hizmet sağlayıcısının sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

E. Üreticinin Sorumluluğu

Tele-tıp hizmetinin tıbbi araçlarla da sunulması mümkündür. Örneğin, EKG, nabız, solunum vb. önemli sinyalleri ölçen hasta izleme cihazları, hastalar ve hekimler arasında veri ileten uzaktan izleme cihazları gibi cihazlar aracılığıyla tele-tıp hizmeti sağlanabilir. Ayıplı ürün sebebiyle meydana gelen zararın tazminine ilişkin temel prensipler 85/374 sayılı AB Direktifinde düzenlenmektedir³⁰. Bu Direktif hükümlerine göre, ayıplı tıbbi ürün sebebiyle bir zarar meydana gelirse, bu zarardan üreticinin kusursuz sorumluluğu söz konusudur³¹. Dolayısıyla, zarar gören hastanın kusuru ispat yükümlülüğü olmadan, meydana gelen zararı, tıbbi üründeki ayıbı ve ayıplı tıbbi ürün ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi yeterlidir. Örneğin, diyabet

²⁹ CALLENS, Stefaan/ CIERKENS, Kim, "Legal Aspects of E-Health", *Stud Health Technol Inform*, 141 (47), 2008, s.55; RAPOSO, s.8; GIANFRANCO/ MAURO, s. 207.

³⁰ AB'nin 85/374 sayılı Direktif hükümleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374&from=EN>. Erişim Tarihi: 25.03.2022.

³¹ CALLENS/ CIERKENS, s.55; İngiliz hukukunda da Avrupa Birliği Direktifi ile uyumlu olarak düzenlemeler yapıldığına ilişkin bkz. STANBERRY, Ben, "The Legal and Ethical Aspects of Telemedicine: Product Liability and Jurisdictional Problems", *Journal of Telemedicine and Telecare*, 3(3), 1998, 133.

hastası bir kimse ayıplı tıbbi cihaz nedeniyle vücuduna fazla miktarda insülin verilirse, söz konusu tıbbi cihazın üreticisine dava açabilir. Bu davada ayıplı tıbbi cihaz sebebiyle sağlığının zarar gördüğünü ispatlamalıdır. Söz konusu Direktif'in 10. maddesine göre, hastanın zararı, ayıplı tıbbi cihazı ve üreticiyi öğrendiği tarihten itibaren üç yıl içinde söz konusu davayı açması gerekmektedir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA TELE-TIP HİZMETİNİN NİTELENDİRİLMESİ

Türk hukukunda konuya ilişkin olarak Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK)³² önem teşkil etmektedir. Nitekim TKHK md.3'te tüketici, *"Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi"*, tüketici işlemi ise, *"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem"* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlar ışığında, sağlık hizmetinden yararlanma amacı taşıyan hastanın tüketici kavramı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda tele-tıp hizmetleri AB hukukundan farklı olarak tüketici işlemi kapsamındadır.

Tele-tıp hizmeti sunumunda tüketici konumundaki hasta ile hekim yüz yüze bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hasta ile hekim arasında mesafeli hizmet sözleşmesinin mevcut olup olmadığı incelenmelidir. Bu bağlamda, hukukumuzda mesafeli sözleşmeler, TKHK md.48 hükmünde ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde³³ (MSY) de düzenlenmektedir. TKHK md.48'e göre, mesafeli sözleşme, *"satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir..."* şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kabul edilebilmesi için; taraflar arasında tüketici ilişkisi kurulmalı, hizmet edimi mevcut olmalı, taraflar arasında mesafe bulunmalı, süreklilik teşkil eden uzaktan hizmet pazarlama sistemine sahip olunmalı ve taraflar arasında uzaktan iletişim aracı kullanılmalıdır.

³² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG. 28.11.2013/28835.

³³ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği Tarih: 27.11.2014/29188.

Söz konusu unsurları tele-tıp açısından incelediğimizde, hasta herhangi bir ticari veya mesleki bir amaçla hareket etmeyip, sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen kişi konumunda olduğundan hizmet içeren bir tüketici işlemi söz konusudur. Tele-tıp hizmeti sağlayıcısı ile hasta arasında yüz yüze bir görüşme söz konusu olmayıp, görüntülü konuşma gibi uzaktan iletişim araçları yoluyla hizmet sağlandığı için kanunda belirtilen diğer unsurlar da mevcuttur. Dolayısıyla, kanunda aranan unsurlar değerlendirildiğinde, tele-tıp hizmeti alan hasta ile sağlık hizmet sağlayıcısı arasında TKHK'nın 48. maddesinde düzenlenen mesafeli hizmet sözleşmesi bulunmaktadır³⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki, uzaktan sağlık hizmet sağlayıcısı ile hasta arasında üst sözleşme mesafeli hizmet sözleşmesidir³⁵. Ancak taraflar arasında üst sözleşme dışında bir de esasa ilişkin sözleşme mevcuttur. Doktrin³⁶ ve Yargıtay³⁷ uygulamasında kabul edildiği üzere, sağ-

³⁴ DOĞRAMACI, Yakup Gökhan, "Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 2020, s.680.

³⁵ DOĞRAMACI, s.680.

³⁶ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:II, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.360; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.718; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.1121YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021,s.639; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.133.

³⁷ "... Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390)(TBK 502.506) Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md)(TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1(TBK 510) maddesi hükmünü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştırma sıfatı ile doktorun görev yaptığı sağlık

lık hizmet sağlayıcısı ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi söz konusudur³⁸ ve bu sözleşmenin gereği olarak, hekim hastaya özenli bir şekilde tıbbi müdahalede bulunmalıdır. Hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Dolayısıyla, sağlık hizmet sağlayıcı ile hasta arasında bir taraftan TKHK md.48 ve MSY'de düzenlenen mesafeli sözleşmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulurken, diğer taraftan Türk Borçlar Kanunu (TBK)³⁹ md.502 vd. düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır.

Bu temel mevzuat dışında, 10.02.2022 tarihinde Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmelik uzaktan sağlık hizmetlerine özgü olarak yürürlüğe giren ilk yasal düzenlemedir. Bu sebeple, konuya ilişkin açıklamalar yaparken söz konusu yönetmelik hükümlerinin de mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi diğer sağlık hukukuna ilişkin mevzuat hükümlerinin de niteliğine uygun olduğu ölçüde uzaktan sağlık hizmet sağlayıcısı ile hasta arasındaki ilişki de uygulama alanı bulması gerekmektedir.

kuruluşları için de geçerlidir... ". Yargıtay 13. HD., 2016/6200 E., 2017/9622 K., 17.10.2017 Tarihli Karar. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay, 13. HD., E. 2018/5555, K. 2019/12706, T. 17.12.2019; Yargıtay, 13. HD., E. 2015/41712, K. 2018/4243, T. 5.04.2018; Yargıtay, 13. HD., E. 2015/8369, K. 2016/14290, T. 6.06.2016 T. (Erişim: Hukuktürk, 30.03.2022).

³⁸ Buna karşılık, estetik amaçlı yapılan müdahalelerde hekim ile hasta arasında eser sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. *".. Taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi bulunduğu uyumsuzluk konusu değildir. Sözleşme ile davacıya estetik müdahalelerde bulunulması kararlaştırılmıştır. Davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin niteliği itibarıyla hekim ile hasta arasında tedaviye ilişkin sözleşmeden farklı olduğu ve eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır...". Yargıtay, 15. HD., E. 2010/1808, K. 2020/2925, T. 09.11.2020 T. (Erişim: Kazancı, 27.04.2022); Yargıtay, 15. HD., E. 2018/3043, K. 2018/2820, T. 03.07.2018 T. (Erişim: Kazancı, 27.04.2022).*

³⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

V. TÜRK HUKUKUNDA UZAKTAN SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNUMU HAKKINDA YÖNETMELİKTE GETİRİLEN ÇEŞİTLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Uzaktan Sağlık Hizmetinde Hastanın Bilgilendirilmesi

Uzaktan sağlık hizmetinde hastanın bilgilendirilmesi, tıbbi uygulamanın hukuka uygunluğunun sağlanması açısından önem arz etmektedir. Konuya ilişkin gerek TKHK md.48, gerekse MSY md.5 hükümlerinde bilgilendirme yükümlülüğünün düzenlendiği görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, uzaktan sağlık hizmetlerine ilişkin özel düzenleme olan Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesi “Hastanın Bilgilendirilmesi” başlığı ile konuya ilişkin ayrıntılı bir hüküm ihtiva etmektedir. Dolayısıyla, Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik konuya ilişkin özel düzenleme olduğu için bu Yönetmelik hükümleri öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Ancak konuya ilişkin Yönetmelikte düzenleme olmadığı hallerde, mesafeli hizmet sözleşmesine ilişkin belirtilen mevzuatlarda düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğü niteliğine uygun olduğu ölçüde uzaktan sağlık hizmetinde de uygulama alanı bulacaktır.

Bu bağlamda, Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesine göre, uzaktan sağlık hizmeti sağlayıcısının kimliği ve uzmanlığına, uzaktan sağlık hizmetinin niteliğine, ücrete, hizmetin sağlık sigortası kapsamında olup olmadığına, tarafların açık rızası olmaksızın uzaktan sağlık hizmeti sunumuna ilişkin ses veya görüntü kaydı alınmasının yasak olduğuna, kişisel sağlık verilerinin tutulması, güvenliği ve işlenişine, uzaktan sağlık hizmetinin her zaman sonlandırılabilmesine, yani cayma hakkına, hasta ve sağlık meslek mensubu ile yapılan görüşmeyi görebilecek ve/veya duyabilecek üçüncü bir kişinin olması hâlinde bu duruma ilişkin sağlık hizmeti sağlayıcısı tarafından hastanın sade ve anlaşılır bir dille bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelikteki bu düzenlemeyi MSY md.5 hükmü ile paralel düşünebiliriz. Nitekim MSY md.5 hükmünde, hizmetin niteliği, sağlayıcı bilgileri, ücret, cayma hakkı, dijital içeriklere ilişkin teknik koruma önlemleri gibi konularda tüketiciye ön bilgilendirme yapılması gerektiği ve bu bilgilendirmenin açık ve sade bir şekilde yapılması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, uzaktan hizmete özgü belirtilen konularda uzaktan sağlık hizmeti sağlayıcısının, uzaktan sağlık hizmeti başlamadan önce hastayı bilgilendir-

me yükümlülüğü bulunmaktadır. Uzaktan sağlık hizmet sağlayıcısı, Yönetmeliğin 9. maddesinde belirtilen konularda hastaya bilgilendirme yapmazsa, sağlık tesisi hakkında idari yaptırım uygulanır. Bu idari yaptırımlar kademeli olarak sağlık tesisini uyarma, uzaktan sağlık hizmet faaliyetini on gün süreyle durdurma ve sağlık tesisinin uzaktan sağlık hizmet yetki belgesini geri alma şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁰.

Ayrıca, MSY md.5 ve Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik md.9 gereğince, hastaya sözleşmenin kurulmasından önce ya da sözleşmeyi kabul etmeden önce sağlık hizmet sağlayıcısı tarafından gerekli bilgilendirme yapılmazsa, uzaktan sağlık hizmet sağlayıcısının sözleşme öncesi kusur sorumluluğu (culpa in contrahendo) söz konusu olabilir⁴¹. Bir başka ifadeyle, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali, sözleşme müzakerelerinde tarafların aydınlatılmasına ilişkin yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilir ve sağlık hizmet sağlayıcısının culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olur. Burada sözleşme öncesi dönemde bilgilendirme yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü olarak karşımıza çıkar⁴². Dolayısıyla, sağlık hizmet sağlayıcısı tarafından kusurlu olarak, yönetmelikte belirtilen tele-tıp hizmetine özgü hususlarda sözleşme öncesi bilgilendirme gereği gibi yapılmazsa ve bu sebeple hastanın zararı söz konusu olursa, sağlık hizmet sağlayıcısı bu zararı tazmin ile yükümlü olur. Ayrıca, hastanın bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali şartları oluşmuşsa TBK md.30 vd. hükümleri gereğince yanılma veya aldatma sebebiyle sözleşmenin iptalini sağlayabilir ve bu sebeple uğranılan zararların tazmini culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sağlık hizmet sağlayıcısından talep edilebilir⁴³. Belirtmek gerekir ki, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali, taraflar arasında mevcut kurulu bir sözleşmenin varlığı halinde gerçekleştiği durumlarda, sözleşmenin müspet (olumlu) ihlali söz konusu olur ve

⁴⁰ Bkz. Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik Eki. [https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/02/202202102.htm#:~:text=a\)%20Uzaktan%20sağlık%20hizmeti%20talep,veya%20ikincil%20görüş%20talep%20edilebilir.](https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/02/202202102.htm#:~:text=a)%20Uzaktan%20sağlık%20hizmeti%20talep,veya%20ikincil%20görüş%20talep%20edilebilir.) Erişim Tarihi: 30.03.2022.

⁴¹ KARA KILIÇARSLAN, Seda, "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", Hacettepe HFD, 5(2), 2015, s.217.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. KARA KILIÇARSLAN, s.217-218.

⁴³ UYAROĞLU, Osman, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Cayma Hakkı Kapsamında Korunması, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.87 vd.

hasta uğradığı zararın tazminini TBK md.112 gereğince sağlık hizmet sağlayıcısından talep edebilir⁴⁴.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, uzaktan sağlık hizmeti alan hastaya iki tür bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Öncelikle, yukarıda belirttiğimiz hususlara ilişkin olarak, uzaktan sağlık hizmeti başlamadan hemen önce, sağlık hizmet sağlayıcısı tarafından uzaktan sağlık hizmetine özgü Yönetmelikte belirtilen konularda bilgilendirilme yapılmalıdır. Ancak uzaktan sağlık hizmetinde hastaya yapılan bilgilendirme bununla sınırlı değildir. Daha açık bir ifadeyle, sağlık hizmetini sunan hekimin, sağlık hizmeti sunumu kapsamında yerine getirilmesi gereken bilgilendirme yükümlülüğü de mevcuttur⁴⁵. Bu bağlamda teşhis, tedavi, süreç, risk ve tedavi seçenekleri hakkında hastanın anlayacağı sadelikte hekim tarafından bilgilendirme yapılması gerekmektedir⁴⁶. Hekim tarafından bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği durumda hekim özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olur ve hekimin sorumluluğu gündeme gelir⁴⁷.

⁴⁴ UYAROĞLU, s.87 vd; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 3, 2.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, N.2374.

⁴⁵ Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik md.9 (3).

⁴⁶ ÇAVDAR, Pelin, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 22 (3), 2016, s.744 vd; SERT, Gürkan/ GÖRKEY, Şefik Medical Law in Turkey, 4th Edition, Kluwer Law, Netherlands, 2021, s.80; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", EÜHFD, XII (3-4), 2008, s. 347 vd.

⁴⁷ Hekimin bilgilendirme yükümlülüğünün vekâlet sözleşmesi kapsamındaki özen borcu içerisinde değerlendirildiğine ilişkin için bkz. Yargıtay 13. HD., 2008/4519 E., 2008/10750 K., 18.09.2008 Tarihli Karar. (Erişim: Kazancı, 31.03.2022) ". 2.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davanın bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özette aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kuru'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmişti. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlatmadığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı

B. Uzaktan Sağlık Hizmetinde Sağlık Verilerinin Gizliliği ve Korunması

Tele-tıp hizmetinden yararlanan hastanın sağlık verilerinin gizliliği ve korunması konusu üzerinde de ayrıca durulması gerekmektedir⁴⁸. Önemle belirtmek gerekir ki, 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁴⁹ md.6 hükmünde, sağlık verilerinin özel nitelikte kişisel veri kapsamında olduğu⁵⁰ ve bu verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu belirtilmektedir. Bu temel mevzuat dışında, 2019 yılında yürürlüğe giren Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelikte de (KSVY)⁵¹, kişisel sağlık verilerine ilişkin genel ilke ve esaslar, kişisel sağlık verilerine erişim, kişisel sağlık verilerinin gizlenmesi, düzeltilmesi, imha edilmesi, aktarılması ve veri güvenliğinin sağlanması gibi konulara ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır.

Ayrıca, tele-tıp hizmetleri bakımından ise, Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesi kişisel verilerin

doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. O halde, mahkemece yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlüğünü yerine getirip getirmediği, giderek kusuru bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılmak üzere, dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..”.

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 22009/93 Başvuru numaralı, 25.02.1997 Tarihli Z/Finlandiya kararında, başvuranın kimliğinin ve HIV hastası olduğuna ilişkin bilgilerin Temyiz Mahkemesinin basınun erişimine açık olan karar metninde tıbbi verilerin ifşa edilmesinin hiçbir haklı gerekçesinin bulunmadığını ve dolayısıyla ilgili bilgilerin yayımlanmasının başvuranın özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin bir ihlale neden olduğunu tespit ederek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Kararın çevirisi için bkz. AKIŞOĞLU, Özgür, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Z/Finlandiya Davası”, Küresel Bakış, 7(22), 2017, s.57.

⁴⁹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG 07.04.2016/29677.

⁵⁰ Hastanın kişisel ve fiziksel özellikleri ile ilgili bilgiler, film, test, tahlil sonuçları, muayene bilgi ve bulguları vb. özel bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 4.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.270.

⁵¹ Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik Tarih: 21.06.2019/30808.

korunması başlığı ile ayrı bir düzenleme içermektedir. Söz konusu düzenlemede, uzaktan sağlık hizmeti veren sağlık tesisi ile sağlık meslek mensubuna, uzaktan sağlık hizmeti sunumunda hastanın mahremiyetini ve kişisel verilerini koruma noktasında yükümlülük yüklenmektedir⁵². Yönetmelikte belirtilen bu kişilerin, hastanın kişisel verilerini konuya ilişkin temel mevzuat niteliğinde olan KVKK ve KSVY'ye uygun olarak işlemesi gerekmektedir. Nitekim söz konusu Yönetmeliğin 18. maddesinde, Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde kişisel verilerin korunmasına dair mevzuat hükümlerinin uygulama alanı bulacağı da açıkça ifade edilmektedir.

Yönetmeliğin 12. maddesi taraflara bir başka önemli yükümlülük getirmektedir. Bu düzenlemede, uzaktan sağlık hizmetinin ancak her iki tarafın da açık rızasının mevcut olduğu hallerde görüntülü veya sesli olarak kayıt altına alınabileceği ve hizmet esnasında fotoğraf çekilebileceği belirtilmektedir. Burada Yönetmeliğin KVKK ile uyumlu olarak açık rıza kriterini aradığı görülmektedir. Dolayısıyla, hastanın veya sağlık meslek mensubunun kayıt altına alma noktasındaki örtülü beyanları ve davranışları yeterli değildir, mutlaka açık bir şekilde rızalarının mevcut olması gerekmektedir. Nitekim hasta tarafından verilen açık rıza yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır⁵³. Uzaktan sağlık hizmetine ilişkin açık rıza ile alınan bu kayıtların, uzaktan sağlık hizmeti veren sağlık tesisinde veya Bakanlığın izin verdiği güvenli veri merkezlerinde saklanacağı hükme bağlanmaktadır (Yönetmelik md.12(4)). Söz konusu düzenlemenin devamında ise, bu kapsamda alınmış olan görüntülü veya sesli kayıtların, on iki aydan fazla saklanamayacağı ve sürenin dolması ile birlikte ayrıca bir bildirim gerek olmaksızın silineceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce, kayıtların maksimum on iki ay süreyle saklanması ile ilişkin ibare isabetli değildir. Nitekim uzaktan sağlık hizmetlerine ilişkin uyumsuzluk ortaya çıktığında ve dava on iki aydan sonraki bir zaman dilimi içerisinde açıldığında, tarafların iddia ve savunmalarını ispat etmesi noktasında sorunlar ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, Yönetmelikte öngörülen on iki aylık süre yerine, zamanaşımı süreleri de dikkate

⁵² Kişisel veriler ile özel hayatın gizliliği ve hasta mahremiyeti ilişkisi hakkında bkz. GÖKCAN, s.262.

⁵³ ÖMÜR, Rahmi Can, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hastanelerin Sorumluluğu, YÜHFD, C.XV(1), 2018, s.139.

alınarak daha uzun bir süreye yer verilmesi dava aşamasında taraflara ispat kolaylığı sağlar.

Sağlık tesisi tarafından işlenen kişisel verilerin KVKK'da öngörülen şekilde saklanmaması, tarafların açık rızası olmadan kayıt altına alınması veya fotoğraf çekilmesi ve Bakanlığın veri merkezinde on iki ay saklanıp, bu süre dolduktan sonra silinmemesi halinde, sağlık tesisi hakkında idari yaptırım uygulanır⁵⁴. Bu idari yaptırımlar kademeli olarak sağlık tesisini uyarma, uzaktan sağlık hizmet faaliyetini on gün süreyle durdurma ve sağlık tesisinin uzaktan sağlık hizmet yetki belgesini geri alma şeklinde karşımıza çıkar⁵⁵.

Yukarıdaki açıklamalarda belirttiğimiz üzere, hekim ile hasta arasında estetik müdahaleler dışında vekâlet sözleşmesinin bulunduğu doktrin ve Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir. Dolayısıyla, hastaya ilişkin kişisel verinin veya sırrın açıklanması TBK md.506/2 hükmüne göre, vekâlet sözleşmesi gereğince üstlenilen sadakat borcuna da aykırılık teşkil eder⁵⁶.

Bunun dışında, KVKK ve KSVY'deki ilgili hükümlere başvurarak da hastanın çeşitli taleplerde bulunması mümkündür. Nitekim KVKK md.11 hükmüne göre, hastanın kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmesi halinde bunların düzeltilmesini⁵⁷ veya kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme gibi hakları mevcuttur. Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin açıklanması veya gizliliğinin ihlali kişilik hakkının ihlali kapsamında değerlendirilir ve TMK md.24 vd. hükümlerinde düzenlenen kişilik hakkını koruyucu davalar ve tazminat davası açılabilir.

VI. UZAKTAN SAĞLIK HİZMETİNDE TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik hasta ile hekim ilişkisini düzenleyen bir Yönetmelik değildir. Daha açık bir ifadeyle, söz konusu Yönetmelik

⁵⁴ Sağlık tesisinin tıbbi veri kayıtlarına ilişkin tedbirlerinin eksikliği nedeniyle üçüncü kişiler tarafından bu bilgilerin edinilmesi halinde organizasyon kusuru olarak sağlık tesisinin sorumlu tutulduğuna ilişkin bkz. GÖKCAN, s.266.

⁵⁵ Bkz. Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik Eki.

⁵⁶ GÖKCAN, s.277.

⁵⁷ KSVY md.13'te ilgili kişilerin sağlık verilerinin düzeltilmesini talep etme hakkında sahip olduğu belirtilmektedir. Ayrıca söz konusu Yönetmeliğin 21. maddesinde "Yaptırımlar" başlığı altında çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.

uzaktan sağlık hizmetine ilişkin temel esasları ortaya koyma niteliğine sahiptir. Dolayısıyla, uzaktan sağlık hizmetinden yararlanan hasta ile hekim arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü noktasında başlı başına bu Yönetmelik hükümlerine dayanarak çözüme ulaşmak oldukça zordur. Nitekim bu durum öngörüldüğü için, söz konusu Yönetmeliğin 18. maddesinde, “*yönetmelikte hüküm bulunmayan hâllerde, hasta hakları ve kişisel verilerin korunmasına dair mer’i mevzuat hükümleri ile ilgili sağlık tesisinin ve sağlık meslek mensubunun tâbi olduğu mevzuat hükümleri uygulanır*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Bu bilgiler ışığında, uzaktan sağlık hizmetinde bulunan hekimin tıbbi uygulama hatası sebebiyle hastanın zarar görmesi söz konusu olursa, konuya ilişkin Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelikte bir düzenleme mevcut olmadığı için, sağlık hukukuna ilişkin ilkeler ve mevzuat kapsamında konunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Dolayısıyla, tele-tıp hizmeti sunan hekimin tıbbi uygulama hatasına ilişkin sorumluluğu bakımından yüz yüze sağlık hizmeti ile arasında bir fark bulunmamaktadır⁵⁸.

Bu bilgiler ışığında, tele-tıp hizmeti sunan hekimin tıbbi uygulama hatası nedeniyle sorumluluğunu tespit ederken konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Tele-tıp hizmeti bir kamu hastanesinde çalışan hekim tarafından sunuluyorsa, hasta ile kamu hastanesi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır, taraflar arasında kamu hukuku ilişkisi söz konusudur⁵⁹. Dolayısıyla, tele-tıp hizmeti sunan bir devlet hastanesi çalışanı olan hekimin bu hizmeti sebebiyle hastaya zarar vermesi söz konusu olursa, idare, yani hastane aleyhine idare mahkemesinde tam yargı davası açılması gerekir ve söz konusu uyuşmazlık kamu hukuku kurallarına göre çözümlenir. Bir başka ifadeyle, hastanın meydana gelen zarar sebebiyle doğrudan doğruya hekime dava açma hakkı yoktur⁶⁰. Hekimin tıbbi uygulama hatası nedeniyle kusurunun söz konusu

⁵⁸ HAKERİ, Tıp, s.1027.

⁵⁹ CANBOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, 80, 2009, s.160; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, 21. Bası, Seçkin Yayınları 2020, Ankara, s.393.

⁶⁰ Anayasa md.129; “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*”. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md.13; “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aley-*

olduğu hallerde ise, tazminatı ödeyen idarenin hekime rücu hakkı bulunmaktadır⁶¹. Ancak, tele-tıp hizmeti sunan hekimin görevden ayrılabilir nitelikte kişisel kusurunun söz konusu olduğu hallerde, hasta hukuk mahkemesinde hekim aleyhine tazminat davası açabilir⁶². Sonuç olarak, uzaktan sağlık hizmeti bir kamu hastanesinde çalışan hekim tarafından sunuluyorsa ve hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sebebiyle hastanın zarar görmesi söz konusu olursa, sorumluluk kamu tüzel kişiliğine yani hastaneye aittir.

Tele-tıp hizmeti özel hastanede çalışan hekim tarafından sunuluyorsa, özel hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi bulunmaktadır⁶³. Bir başka ifadeyle, tedaviyi yürüten hekim sözleşmenin tarafı değildir, özel hastane adına hastaya tedavi hizmeti sunan ifa yardımcısı konumundadır (TBK md.116)⁶⁴. Burada hekimin sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olduğu belirtilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla, özel hastanede çalışan hekim tarafından sunulan tele-tıp hizmeti nedeniyle hastanın zarar görmesi söz konusu olursa, hasta doğrudan hekim aleyhine TBK md.49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre dava açabilecektir. Nitekim burada, hasta ile özel hastane arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olduğu, bir başka ifadeyle, hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi mevcut olmadığı için davanın haksız fiil hükümlerine göre açılması gerekmektedir. Bu bilgiler ışığında, uzaktan sağlık hizmeti özel hastanede çalışan hekim tarafından sunuluyorsa ve hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sebebiyle hastanın zarar görmesi söz konusu olursa, özel hastane işleteni sözleşme gereği, hekim ise haksız fiil hükümleri gereği sorumlu olur.

hine dava açarlar"; HAKERİ, s.393; DEĞDAŞ, Ulaş Can, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(6), 2018, s.48; BARLIOĞLU, Hüseyin Cem Defansif Tıp unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.117.

⁶¹ HAKERİ, Tıp, s.1085. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Mart 2022 tarihinde Adalet Komisyonunda kabul edilen Yasa tasarısına göre, tazminatı ödeyen idarenin hekime rücu edip edemeyeceğine ve rüconun hangi miktarda yapılacağına Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak Mesleki Sorumluluk Kurul'u bir yıl içinde karar verecektir. Söz konusu kanun teklifi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4290.pdf> Erişim Tarihi: 01.04.2022.

⁶² HAKERİ, s.393; CANBOLAT, s.162.

⁶³ GÖKCAN, s. 1408; EROL, Gültezer Hatırnaz, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 5. Bası, Seçkin Yayınları 2017, Ankara, s.57.

⁶⁴ HAKERİ, s.391.

⁶⁵ GÖKCAN, s.1431; HAKERİ, s.391.

Belirtmek gerekir ki, tıbbi uygulama hatasında, mutlak hak ihlali yani kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü ihlal edilerek, kişilik hakkına aykırı davranıldığı için, hekimin tıbbi standarttan saparak hastaya zarar vermesi hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil eder⁶⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hekimin, hasta ile arasında gerek sözleşme ilişkisi bulunduğu gerekse bulunmadığı hallerde özen gösterme yükümlülüğü söz konusudur⁶⁷. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hallerde sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre, sözleşme ilişkisi bulunmadığı hallerde ise, haksız fiil hükümlerine göre zararın tazmininin sağlanması hasta açısından daha elverişlidir.

Hekimin tele-tıp hizmetinde tıbbi uygulama hatası nedeniyle gerek sözleşmeye aykırılık gerekse haksız fiil temelinde sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle hasta-hekim ilişkisinin kurulmuş olması gerekmektedir⁶⁸. Bu unsura ek olarak, hukuka aykırı fiil (sözleşmeye aykırılık/vücut bütünlüğünün ihlali), bu fiil sonucunda hastanın zarara uğraması (tedavi masrafı çıkması, manevi acı, ıstırap vb.), hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulması (zararın hekimin fiilinin sonucu olması) ve hekimin kusurlu olması gerekmektedir⁶⁹.

Açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, estetik müdahaleler konusu tartışmalı olmakla beraber, hasta ile hekim arasında vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır⁷⁰. Vekâlet sözleşmesinde hekimin en temel yükümlülüğü hastaya özenli bir şekilde tıbbi uygulamada bulunmaktır⁷¹. Bir

⁶⁶ ÖZDEMİR, Hayrunissa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", ERÜHFD, XI(1), 2016, s.39.

⁶⁷ KORKMAZ, Yakup, "Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaşılması Sorunu", TBB Dergisi, 140, 2019, s.285.

⁶⁸ HAKERİ, s.357.

⁶⁹ ÖZDEMİR, s.49 vd.; PENDRAK, RF/ ERICSON, P "Telemedicine And The Law", Journal of Healthcare Financial Manager, 50(12), 1996, s.47; CARYL, s.192; GOREA, s.4.

⁷⁰ Estetik amaçlı yapılan müdahalelerde hekim ile hasta arasında eser sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. "... Taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi bulunduğu uyumsuzluk konusu değildir. Sözleşme ile davacıya estetik müdahalelerde bulunulması kararlaştırılmıştır. Davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin niteliği itibarıyla hekim ile hasta arasında tedaviye ilişkin sözleşmeden farklı olduğu ve eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır...". Yargıtay, 15. HD., E. 2010/1808, K. 2020/2925, T. 09.11.2020 T. (Erişim: Kazancı, 27.04.2022); Yargıtay, 15. HD., E. 2018/3043, K. 2018/2820, T. 03.07.2018 T. (Erişim: Kazancı, 27.04.2022).

⁷¹ "... Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin,

başka ifadeyle, hastanın zarar görmemesi için kendisiyle aynı konumda olan başka bir hekimin göstereceği makul dikkat ve özeni göstermelidir⁷². Tele-tıp hizmeti sunan hekimin davranışı, ortalama bir hekimin sahip olması gereken bilgi birikimi, mesleki yetenek ve tecrübe dikkate alındığında makul görülemeyecek nitelikte ise, hekimin tıbbi standarttan saparak, özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilir⁷³. Dolayısıyla, hekim tele-tıp hizmeti sunarken hastaya gerekli özeni göstermeyip, hastanın zarara uğramasına sebep olursa, bu zararı tazminle yükümlü olur.

Tele-tıp hizmeti sunan hekimin tıbbi uygulama hatasına ilişkin henüz sonuçlanmış bir dava bulunmamaktadır. Bu sebeple, uygulamada karşılaşılabilecek çeşitli tıbbi uygulama hataları; aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi, teşhis hatası, tele-tıp sonrası hastanın yüz yüze muayene ile takibine ilişkin gerekli özenin gösterilmemesi, hekimin hastayı yüz yüze görmesi gereken bir durum olmasına rağmen, hekimin hastaya tele-tıp yoluyla teşhis ve tedavide bulunması vb. şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu bağlamda, hekim tele dermatoloji yoluyla, hastayla yaptığı görüntülü görüşme sonucunda, teşhisinde emin olmamasına ve hastayı yüz yüze muayene etmesinin gerekli olmasına rağmen, bunu yapmadan hastaya egzama teşhisi koyarsa ancak

davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1(TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşları için de geçerlidir...". Yargıtay 13. HD., 2015/3276 E., 2016/6289 K., 01.03.2016 Tarihli Karar. (Erişim: Kazancı, 31.03.2022).

⁷² Tele-tıp hizmeti sunan hekimin, tele-tıp hizmet sunumuna ilişkin gerekli bilgi ve özene sahip olması gerektiğine ilişkin yaklaşım için bkz. ROUX, A Le, "Telemedicine: A South African Legal Perspective", TSAR, 2008, s.110.

⁷³ UYGUR, Atiye B, "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, (144), 2019, s. 359.

sonradan hastanın deri kanseri olduğu anlaşılırsa, hekimin tıbbi standart ihlali sebebiyle sorumluluğu söz konusu olur. Burada tele-tıp hizmeti sunan hekim tarafından yanlış teşhiste bulunması sebebiyle hastanın zarara uğradığı görülmektedir.

Bir başka örnek ise, bir üroloğun mevcut bir hastası olan yaşlı bir adam, kanlı idrar şikâyeti için tele-tıp yoluyla görülür, ürolog bir antibiyotik reçete eder, ancak sonrasında herhangi bir takip ziyareti veya idrar tahlili talep etmez ve hastada bir süre sonra mesane kanseri tespit edilirse, hekimin tıbbi standarttan saparak, özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilir. Hasta tele-tıp ile görülüp muayene edilmesine rağmen, hekim tarafından sonrasında yüz yüze bir muayene ile bu tedaviyi devam ettirmediği için özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşıp, hekimin sorumlu tutulması mümkündür⁷⁴. Bu örnekte, tele-tıp hizmeti sunan hekimin hastanın sonraki kontrolleri ve tahlilleri için tıbbi standarttan saparak, gerekli özeni göstermemesi sebebiyle hastanın zarara uğradığı açıktır.

SONUÇ

Gelişen teknoloji ile beraber, sağlık hizmetlerinin yüz yüze sunulmasına bir alternatif olarak tele-tıp yoluyla sağlık hizmetinin sunumu oldukça önem kazanmaya başlamıştır. Tele-tıp hizmetleri günümüzde, yüz yüze sağlık hizmetlerinin bir alternatifi olarak değil, tamamlayıcı olarak kabul edilmelidir. Tele-tıp, özellikle sağlık hizmetlerine daha kolay erişim ve zamandan tasarruf sağlaması, maliyet açısından daha elverişli olması gibi sebeplerle hastalar açısından avantaj yaratmaktadır.

Avrupa Birliği hukukunda tüketici işlemi kapsamı dışında tutulan uzaktan sağlık hizmetleri esas olarak 2011/24 sayılı Direktif ile düzenlenmektedir. Ancak bu Direktif'e ek olarak, 2000/31 sayılı e-ticaret Direktifi, 2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü, 85/374 sayılı ayıplı ürün sorumluluğuna ilişkin Direktif hükümleri de niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanacak Direktifler arasındadır. Bu bağlamda, tele-tıp uygulayan sağlık hizmet sağlayıcısının yerleşik olduğu üye devlette ruhsat için gerekli olan koşulları yerine getirmiş olması kaydıyla, diğer üye devletlerde de tele-tıp uygulaması mümkündür. AB hukukunda sağlıkla ilgili kişisel veri özel kategorideki kişisel veri olarak nite-

⁷⁴ <https://uopracticemanagement.com/issues/2020/september-2020-vol-6-no-3/3001-telemedicine-legal-issues-you-should-know-medical-malpractice> (Erişim tarihi:31.03.2022).

lendirilmektedir ve tele-tıp yoluyla sağlanan hastaya ilişkin sağlık verilerinin, hukuka uygun, adil, şeffaf biçimde işlenmesi, belirtilen, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplanması ve işlenmesi, işlendikleri amaçlarla ilgili olarak yeterli, yerinde ve gerekli olan ile sınırlı tutulması gerekmektedir. Tele-tıp hizmeti için hasta tarafından ödenen ücretin geri alınması konusunda ise, üye devlet vatandaşının bir başka üye devlette aldığı sağlık hizmetine ilişkin yaptığı masrafların, kendi ülkesinde geri almasının mümkün olması kaydıyla, kendisine geri ödeneceği düzenlenmektedir.

AB hukukunda üye devletlerden birinde bulunan sağlık profesyonelinin, tıbbi uygulama hatasının mevcut olduğu hallerde, AB hukukunda kabul edilen genel bir sorumluluk rejimi söz konusu olmadığı için, üye devletler kendi iç hukuklarındaki sorumluluk rejimini uygulamaktadır. Buna karşılık, tele-tıp hizmetinin hasta izleme cihazları gibi cihazlar aracılığıyla sunulması durumunda, ayıplı tıbbi ürün sebebiyle bir zarar meydana gelirse, bu zarardan üreticinin kusursuz sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Türk hukukunda tele-tıp hizmetlerine özgü ilk düzenleme 10.02.2022 tarihinde yürürlüğe giren Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmeliktir. Bu Yönetmelikte, uzaktan sağlık hizmeti sunulmaya başlamadan önce, uzaktan sağlık hizmetinin kapsamı, niteliği, ücret, hizmetin sağlık sigortası kapsamında olup olmadığı, uzaktan sağlık hizmetinin her zaman sonlandırılabilirliği gibi konularda anlaşılır bir dil kullanılarak hastanın bilgilendirilmesine ilişkin yükümlülük düzenlenmektedir. Sağlık hizmet sağlayıcısı tarafından hastaya sözleşmenin kurulmasından önce belirtilen kapsamda bilgilendirme yapılmazsa, uzaktan sağlık hizmet sağlayıcısının sözleşme öncesi kusur sorumluluğu (culpa in contrahendo) gündeme gelebilir. Ayrıca, hastanın bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali şartları oluşmuşsa TBK md.30 vd. hükümleri gereğince yanıltma veya aldatma sebebiyle sözleşmenin iptalini sağlayabilir ve bu sebeple uğranılan zararların tazmini culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sağlık hizmet sağlayıcısından talep edilebilir. Taraflar arasında geçerli olarak kurulan bir sözleşmede, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü ihlal edilmişse, sözleşmenin müspet (olumlu) ihlali söz konusu olur ve hasta uğradığı zararın tazminini TBK md.112 gereğince sağlık hizmet sağlayıcısından talep edebilir.

Belirtmek gerekir ki, uzaktan sağlık hizmeti veren sağlık tesisi ile sağlık meslek mensubuna, uzaktan sağlık hizmeti sunumunda hastanın

mahremiyetini ve kişisel verilerini koruma noktasında yükümlülük yüklenmektedir. Bu bağlamda, uzaktan sağlık hizmetinin ancak her iki tarafın da açık rızasının mevcut olduğu hallerde görüntülü veya sesli olarak kayıt altına alınabileceği ve hizmet esnasında fotoğraf çekilebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla söz konusu Yönetmelik, KVKK ve KSVY ile uyumlu olarak açık rıza unsurunu aramaktadır. Yönetmelikle düzenlenen bu yükümlülükler aykırı davranılırsa, yönetmelik ekinde belirtilen idari yaptırımlar olarak, kademeli olarak sağlık tesisini uyarma, uzaktan sağlık hizmet faaliyetini on gün süreyle durdurma ve sağlık tesisinin uzaktan sağlık hizmet yetki belgesini geri alma söz konusu olur.

Türk hukukunda tele-tıp hizmetleri AB hukukundan farklı olarak, tüketici işlemi kapsamındadır. Türk hukukunda kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde tele-tıp hizmeti sunumunda tüketici konumundaki hasta ile sağlık hizmet profesyoneli arasında mesafeli hizmet sözleşmesi mevcuttur. Sağlık profesyoneli ile hasta arasındaki esas sözleşme ise vekâlet sözleşmesidir. Ancak kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığını, hastane ile hasta arasında idare hukuku ilişkisinin söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu hallerde, vekil konumunda olan sağlık hizmet profesyoneli tıbbi standartlara uygun olarak özenli bir şekilde tele-tıp hizmetinin konusu olan edimi yerine getirmekle yükümlüdür.

Kanaatimizce, Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik hasta ile uzaktan sağlık hizmeti sunan hekim ilişkisi üzerinde yoğunlaşan bir Yönetmelik değildir. Bir başka ifadeyle, tele-tıp hizmetinin niteliği ve kapsamına ilişkin genel ilkeler ihtiva etmektedir. Söz konusu Yönetmelik, tele-tıp hizmetini yasal bir zemine oturtturarak standartların oluşturulması açısından ve özellikle hastanın bilgilendirilmesi ve sağlık verilerinin korunması ve gizliliği gibi konularda düzenlemeler ihtiva etmesi sebebiyle isabetlidir. Buna karşılık, uzaktan sağlık hizmetine ilişkin kayıtların maksimum on iki ay süreyle saklanması, on iki aylık süre yerine, zamanaşımı süreleri de dikkate alınarak daha uzun bir süreye yer verilmesi taraflara ispat kolaylığı sağlaması açısından daha isabetli olurdu. Ayrıca, hastanın resmi kimlik belgesini kamera üzerinden göstererek kimlik doğrulaması yapması isabetli bir yaklaşım değildir.

Bunların dışında, söz konusu Yönetmelikte hekimin uzaktan tıbbi uygulama hatasına ilişkin düzenleme yer almadığı için genel ilkeler çer-

çevesinde sorunun çözülmesi gerekecektir. Tele-tıp hizmetinden doğan hatalı tıbbi müdahale; hastaya gerekli bilgilendirmenin yapılmaması, teşhis hatası, tele-tıp yoluyla sunulan sağlık hizmeti sonrasında yüz yüze bir muayene ile bu tedavinin devam ettirilmemesi veya istenmesi gereken tetkiklerin istenmemesi, hekimin hastayı yüz yüze görmesi gereken bir durum olmasına rağmen, hastaya tele-tıp yoluyla teşhis ve tedavide bulunması vb. şekillerde karşımıza çıkabilir. Tele-tıp yoluyla sağlık hizmeti sunumunda, uzaktan sağlık hizmeti bir kamu hastanesinde çalışan hekim tarafından sunuluyorsa ve hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sebebiyle hastanın zarar görmesi söz konusu olursa, sorumluluk kamu tüzel kişiliğine yani hastaneye aittir. Buna karşılık, uzaktan sağlık hizmeti özel hastanede çalışan hekim tarafından sunuluyorsa ve hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sebebiyle hastanın zarar görmesi söz konusu olursa, özel hastane işleteni sözleşme gereği, hekim ise haksız fiil hükümleri gereği sorumlu olur.

KAYNAKLAR

- AKIŞOĞLU, Özgür, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Z/Finlandiya Davası”, Küresel Bakış, 7 (22), 2017, s.41-76.
- AMAR, Gupta/ DETH, “The Constitutionality of Current Legal Barriers To Telemedicine In The United States: Analysis And Future Directions Of Its Relationship To National And International Health Care Reform”, Health Matrix, (2011) 21(385), s.385-442.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 3, 2.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BARLIOĞLU, Hüseyin Cem, Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- CALLENS, Stefaan/ CIERKENS, Kim, “Legal Aspects of E-Health”, Stud Health Technol Inform, 141 (47), 2008, s.47-56.
- CANBOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, (80), 2009, s.156-181.
- CARYL, Christopher. J, “Malpractice and Other Legal Issues Preventing The Development of Telemedicine”, Journal of Law and Health, 12(173), 1997, s.173-204.
- ÇAVDAR, Pelin, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), 22 (3), 2016, s.735-764.
- DAAR, Judith F/ KOERNER, Spencer, “Telemedicine: Legal And Practical Implications”, Whittier Law Review, 19,1997, s.3-28.
- DEĞDAŞ, Ulaş Can, “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (6), 2018, s. 41-65.
- DIERKS, Christian, “Legal Aspects of Telepathology”, Analytical Cellular Pathology, 21, 2000, s.97-99.
- DOĞRAMACI, Yakup Gökhan, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, (2020) 78(2), s.657-710.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

- GIANFRANCO, Gioia/ SALDUCCI, Mauro, "Medical and Legal Aspects of Telemedicine in Ophthalmology", *Romanian Journal of Ophthalmology*, 63 (3), 2019, s.197-207.
- GOREA, Rakesh, "Legal Aspects of Telemedicine: Telemedical Jurisprudence", *Punjab Acad Forensic Med Toxicol*, 5 (43), 2005, s.1-5.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 4.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÜLTEZER, Hatırnaz E, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2014.
- HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, 25. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022. (HAKERİ, Tıp)
- HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 21. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda, "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", *Hacettepe HFD*, 5(2), 2015, s.183-222.
- KORKMAZ, Yakup, "Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu", *TBB Dergisi* (140), 2019, s.239-302.
- ÖGET, Mehmet, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında Özel Sağlık Kuruluşlarının Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, 3(85), 2020, s.189-259.
- ÖMÜR, Rahmi Can, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hastanelerin Sorumluluğu", *YÜHFD*, XV(1), 2018, s.133-180.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", *ERÜHFD*, XI(1), 2016, s.33-81.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", (2008) XII(3-4) *EÜHFD*, s.347-379.
- PENDRAK RF., ERICSON, P., "Telemedicine And The Law", *Journal of Healthcare Financial Manager*, 50(12), 1996, s.46-49.
- RAPOSO, Vera Lucia, "Telemedicine: The Legal Framework (Or The Lack Of It) In Europe", *GMS Health Technology Assessment*, (12), 2016, s.1-12.

- ROUX, A. Le “Telemedicine: A South African Legal Perspective”, TSAR, 2008, s.99-114.
- SERT, Gürkan/ GÖRKEY, Şefik, Medical Law in Turkey, 4th Edition, Kluwer Law, Netherlands, 2021.
- STANBERRY, Ben, “The Legal and Ethical Aspects of Telemedicine: Product Liability and Jurisdictional Problems”, Journal of Telemedicine and Telecare, 3(3), 1998, s.132-139.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- UYAROĞLU, Osman, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Cayma Hakkı Kapsamında Korunması, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- UYGUR, Atiye B, “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, (144), 2019, s.355-381.
- WIBBERLEY, Laura E. A, “Telemedicine in Illinois: Untangling The Complex Legal Threads”, The John Marshall Law Review, 50(885), 2017, s.886-932.
- YAVUZ Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- YAVUZ Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

TARIM ARAZİLERİNDE SINIRDAŞ PARSELİN ÖNALIM HAKKININ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASININ SONUÇLARI

Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE*

Öz

2005 yılında tarım arazilerine ilişkin düzenleme yapılarak, Türkiye genelindeki arazilere ilişkin olarak çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. 2005 yılından günümüze kadar kanunda çeşitli değişiklikler yapılmış; 2014 yılında sınırdaş maliklere önalm hakkı tanınmıştır. Kanuna getirilen m.8İ/II ile bir tarım arazisinin, paydaşına ya da sınırdaş arazilerin maliklerinden birine satılmaması halinde, sınırdaş maliklere öncelikle satın alma hakkı tanınmıştır. Düzenlemenin yapılmasının amacı tarım arazilerinin yeter büyüklüklere kavuşturulması, olabildiğince tek elde toplanmasını sağlamaktır. Ancak uygulamada önalm hakkı kötüye kullanılmış; tarım arazilerini ucuz satın alma yolu olarak kullanılmıştır. Kamuda yarattığı olumsuz sonuçlar nedeniyle kanun koyucu 2020’de sınırdaş maliklerin önalm hakkına ilişkin düzenlemeyi yürürlükten kaldırmıştır. Düzenleme yürürlükten kaldırılmasına rağmen yürürlükteki davaların ve o ana kadar yapılan satış sözleşmelerinden doğan önalm haklarının akıbeti düzenlenmemiştir. Yürürlükten kaldırılmanın sonuçları, derdest davalara ve doğmuş önalm hakları bakımından irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Tarım Arazisi • Önalm Hakkı • Sınırdaş Malik • Kanuni Kısıtlama • Toprak Koruma

* Doç. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Doç. Dr., Özyeğin University, Faculty of Law, Department of Civil Law, İstanbul, Turkey.

✉ melekyuice@hotmail.com • ORCID 0000-0002-7029-9939

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BİLGİN YÜCE Melek, “Tarım Arazilerinde Sınırdaş Parselin Önalm Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 787-822.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu eser intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This work has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

RESULTS RELATED TO REVOCATION OF THE PREEMPTION RIGHT OF NEIGHBORING OWNER IN AGRICULTURAL LANDS

Abstract

In 2005 various restrictions related to the agricultural lands were imposed by a general regulation. Since 2005 there has been changes in the Act and in 2014, a preemption right for neighboring owners was regulated. In the event that an agricultural land is not sold to either one of share-owners or to an owner of the adjacent lands, neighboring owner is titled to purchase the agricultural land primarily, as he/she has a preemption right. The purpose of the regulation is to rectify the agricultural lands to sufficient sizes. However, the regulation had been abused and mostly used as a way of buying the agricultural lands cheap. Due to the false results in the public, the regulation was revoked in 2020. The regulation removed the article but said nothing about the effects on the ongoing lawsuits and the reemption rights which were already gained according to the sales contracts made till 2020. The consequences of the revocation related to ongoing lawsuits and preemptions will be examined.

Key Words

Agricultural Land • Preemption Right • Neighboring Owner • Legal Restriction • Land Conservation

I- GİRİŞ

03.07.2005 tarihinde kabul edilen “5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu”¹ (Çalışmada “Kanun” olarak anılacaktır), tarım arazilerinin korunması amacıyla çeşitli kısıtlamalar² getirmektedir³. Kanun yürürlüğe girdikten sonra çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramıştır⁴.

¹ RG, 19.07.2005, 25880.

² “Tarım arazilerinin satış yolu ile küçülmesini engellemek için 9/2/2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5578 sayılı kanunla 5403 sayılı Kanununun 8 inci maddesinde yapılan değişiklik ile tarım arazilerinin sınıflarına göre en küçük bölünemez parsel büyüklükleri belirlenmiş ve satış, devir, rehin yolu ile intikallerde kanunla belirlenen en küçük bölünemez parsel büyüklüklerinin altına düşülmesi engellenmiştir. Ayrıca bu arazilerin mirasa konu olmaları durumunda dahi bölünemeyeceğine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Diğer taraftan bölünemez büyüklükteki tarımsal arazilerin bölünemez eşya niteliğinde olduğu öngörülerek, bu hükümlerin daha uygulanabilir hale gelmesi sağlanmaktadır.” Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Genel Gerekeşi, s.11. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim 09.04.2022).

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİN YÜCE Melek, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Getirilen Kanunî Kısıtlamalar”, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.10, C.10, S.2 (Temmuz 2011), s.105 vd.; YAVUZ Cevdet/TOPUZ Murat, “Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 21/2 (Ocak 2016): 663-700, s.663 vd.; YAVUZ Cevdet/AÇIKGÖZ Osman, “Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı’nın Değerlendirilmesi”, Cemal Şanlı’ya Armağan, Public and Private International Law Bulletin, 40(2), s.893 vd.; CANARSLAN Gökçe, “Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdaş Maliklerinin Önalım Hakkı”, AndHD, C.6, S.1 (Ocak 2020), s.1 vd.; ŞAHİN Turan, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2 (Aralık 2018), s.906 vd.; AKSU KAYACAN Simge, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda Düzenlenen Önalım Hakkının Kullanılması”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.529 vd.; ÖZÇELİK Barış, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 87 vd.; ŞEN DOĞRAMACI Hayriye, “6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı C. II/ VIII, S. 2, Y. 2016, s. 69 vd.

⁴ 31/1/2007 tarihli ve 5578 sayılı Kanun, 26/3/2008 tarihli ve 5751 sayılı Kanun, 30/4/2014 tarihli ve 6537 sayılı Kanun, 19/4/2018 tarihli ve 7139 sayılı Kanun, 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK, 4/7/2019 tarihli ve 7181 sayılı Kanun, 28/10/2020 tarihli ve 7255 sayılı Kanun.

Kanunun birinci maddesinde belirtildiği üzere, “*Bu Kanunun amacı; toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemektir.*”. Kanunda öngörülen ve çalışmada irdelecek olan, mülkiyete yönelik kısıtlamaların⁵ temelinde yatan amaç bu madde ile açıklanmaktadır. İnceleme konusu tarım arazileri bakımından 2014 yılında yapılan değişiklikle getirilen, sınırdaş maliklerin sahip olduğu önalım hakkıdır⁶.

Uyuşmazlık konusu olan önalım hakkı da, kanundan doğan bir hak olup; TMK’da düzenlenen önalım hakkı gibi mülkiyetin yasal kısıtlamalarındandır⁷. Türk Medeni Kanununun (TMK) 731. maddesinde taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları, “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur. / Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır. / Kamu yararı için konulan*

⁵ ÖRÜCÜ Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı – Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976, s.40 vd.; NEBİOĞLU A. Nabi, Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=reBUNmTNvfmk-doPkNxlrbQ&no=nirJS_c-MJIQ49skSFk7HQ (erişim:10.02.2022); OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, B.23, İstanbul 2021, N.1895 vd.; SİRMEN Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2020 s. s.406 vd.; BİLGİN YÜCE, s.109 vd.; WIELING H. Josef, Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin Heidelberg 2007, s.343 vd..

⁶ 6537 sayılı ve 30/4/2014 tarihli Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un m.5 ile sınırdaş maliklere önalım hakkı tanınmıştır.

⁷ Bu konuda, doktrinde ikili ayırım yapıldığı da görülmektedir. “MK 657’nin (TMK m.731) genel başlığı «Gayrimenkul mülkiyetinin takyitleri» adını taşımaktadır. Klâsik mülkiyet anlayışını benimseyen yazarlar, gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerini, kanunî takyitler, iradî takyitler olarak ikiye ayırmaktadır. Biz, modern mülkiyet anlayışını benimsediğimiz için, «Gayrimenkul mülkiyetinin takyitleri» kavramından malikin iradesiyle, hukukî muameleleriyle kendi yetkisine koymuş olduğu sınırları, yani taşınmaz mülkiyetinin iradî takyitlerini anlıyoruz. Buna karşılık, «Gayrimenkul mülkiyetinin kanunî takyitleri» yerine «Taşınmaz mülkiyetinden doğan ödeoler» deyimini kullanmayı üstün tutuyoruz.” GÜRİSOY K. Tahir/EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, B.2, Ankara 1984, s.592. Aynı görüşte AKİPEK Jale, Türk Eşya Hukuku İkinci Kitap: Mülkiyet, B.2, Ankara 1973, s.204. Farklı bir ayırım için bkz. HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.640.

kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez.” şeklinde genel bir hükümle düzenlenmiştir. Kanunla ya da sözleşme ile getirilebilecek olan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları, özel hukuk ya da kamu hukuku kaynaklı olabilmektedir. Hem TMK’da hem de çeşitli kanunlarda bu tür kısıtlamalar vardır. Konumuz olan Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda daha önceden yer alan önalım hakkı da, kamu hukuku kaynaklı⁸ yasal kısıtlamalardan biridir.

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları hiçbir yere yazılmasına gerek olmaksızın herkese karşı ileri sürülebilir (TMK m.731). Bu kısıtlamaların temelinde yatan olgu, kamu yararı olduğundan, herkes bunlara uymakla yükümlü tutulmuştur. Bir taşınmaza ilişkin hakların, bu hakların sınırlarının, kapsamının, yüklediği borçların belirli olması ve tapuda görülmesi gerekir. Ancak taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları bu temel kuraldan muaf tutulmuştur. Herkese karşı ileri sürülebilir olduklarından her malik, edinme sırasında bu hususu bilmese de söz konusu kısıtlamanın varlığına ve sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür. Bu sonuç, kamu yararını hedefleyen bir kısıtlamanın hangi anda yürürlüğe girdiğinden bağımsız olarak, herkes hakkında o andan itibaren

⁸ Paylı mülkiyet ilişkisindeki yasal önalım hakkı özel hukuk kaynaklı bir önalım hakkı iken, tarım arazilerinin korunması, bütünlüğünün ve yeterli büyüklüğe sahip olmasının sağlanması amaçlı getirilen bu önalım hakkı kamu hukuku kaynaklı bir kısıtlama niteliği taşır.

Kanunun gerekçesinde de bu husus açıkça dile getirilmektedir: *“Anayasanın 13 üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir. Anayasanın “Toprak Mülkiyeti” başlıklı 44 üncü maddesinde Devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, Anayasanın 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hüküm nedeniyle de 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 inci maddesinde değişiklik yapılmıştır.”* <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim tarihi 12.01.2022).

hüküm doğurur. Mülkiyetin yasal kısıtlamalarından biri olan önalım hakkının⁹ da, bu amaç doğrultusunda, arazilerin yeter gelirli büyüklüğe kavuşmasını¹⁰, bu nedenle de olabildiğince tek elde toplanmasını sağlayacağı düşünülür.

Önalım hakkı, hak sahibi ile muhatabı arasında satış ilişkisinin doğumuna yol açan bir kurucu yenilik doğuran haktır¹¹. Sözleşmesel olabileceği gibi, tarım arazileri için öngörüldüğünde olduğu gibi kanundan da doğabilir. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi, “8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir. / (Mülga fıkra: 28/10/2020-7255/20 md.) / Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.” şeklindedir. Maddenin ilk fıkrasında, aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığının varlığı halinde paylardan birinin üçüncü kişiye satılması haline bağlı

⁹ “Önalım hakkının, müşterek malikin hissesini dilediği kişiye satmasını engellemesi nedeniyle bir mülkiyet kısıtlaması niteliğinde olduğu açıktır. Ancak yukarıda belirtilen ve kamu yararına dönük olduğu açık olan amaçlarla, birçok ülkede müşterek maliklere önalım hakkı tanınmaktadır.” AYM, E.2014/133 – K. 2014/165, T. 30.10.2014. RG, 10.1.2015-29232

¹⁰ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Genel Gereğesi, s.11. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf> (erişim 09.04.2022). Ayrıca bkz. YAVUZ – TOPUZ, s.51; CANARSLAN, s.3; ŞAHİN, s.907.

¹¹ Önalım hakkında bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, N.1915 vd., N.1956 vd.; SİRMEN, s.412 vd.; EREN Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD. C.XII, S.1-2, Y.2008, s.106 vd.; AYDOĞDU Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013; KIZIR Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, II.Cilt, Y.2016, C.22, S.3, s.1776 vd.; HELVACI İlhan, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri, (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216, fıkra 2, fıkra 3, madde 216a216e)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s.397 vd.; FEYZİOĞLU Feyzi Necip, Şu’f’a Hakkı, İstanbul 1959, s. 4 vd.; ŞİPKA Şükran: Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şu’f’a) Hakkı (MK.m.659), İstanbul 1994, s.2 vd.; MEIER-HAYOZ Arthur, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Art. 680 – 701 ZGB, Bern 1975, Art. 682, N.32-34; von FISCHER LEHMANN Marie, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016, Art.682, s.1341 vd.; TUOR Peter/SCHMID Jörg/SCHNYDER Bernhard/RUMO-JUNGO Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, §101, s.962 vd.

olarak diğer ortaklara önalım hakkı tanınmaktadır. Bu önalım hakkının TMK m.732 vd.'da düzenlenen paylı mülkiyet ilişkisindeki önalım hakkına benzerliği sonucu, son fıkra ile bu hükümlere atıf yapılmaktadır.

28.10.2020 tarih ve 7255 sayılı “Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun” un¹² 20. maddesi ile sınırdış maliklere tanınan önalım hakkına ilişkin Kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Madde yürürlükten kaldırılmış, ancak derdest davaların akıbetinin ne olacağı düzenlemede yer almamıştır. Bu nedenle uygulamada, çelişkili kararların verildiği görülmektedir.

Bu çalışma ile sınırdış maliklere tanınan önalım hakkının, 2020’de kaldırılması sonrasında derdest davalarda; ayrıca sınırdış maliklere tanınan önalım hakkının yürürlükten kaldırılması sonrasında açılan davalarda, ne yönde karar verilmesi gerektiği konusunda görüşümüzü açıklamak istiyoruz. Kanunda bu sonuçlara ilişkin netlik bulunmamasına bağlı olarak, uygulamada zaten sorunlu bir maddenin daha da sorunlu hale getirildiği görülmektedir. Kanımca iyi bir hukuk sistemi kendi yarattığı sorunlara çözüm getirmeyi bilmelidir. Bu çözümlerin sadece kanun koyucu tarafından getirilmesini beklemek de her zaman doğru değildir. Kanımızca hâkimlerin de hukuk sistemi içinde olduğu ve bu tür düzenlemelere dayalı doğan sorunların çözümünde birinci elden müdahale etme imkânları olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle her konuda olduğu gibi, bu konuda da bu amaca hizmet eden kararlar verdiğini görmekteyiz. Çalışmada bu kararları da, ulaşılabildiğimiz ölçüde inceleyeceğiz.

II- TARIM ARAZİLERİNDE SINIRDAŞ MALİKLERİN ÖNALIM HAKKI

A- Yasal Düzenleme

Uyuşmazlığa konu olan sınırdış parsellerin maliklerine tanınan önalım hakkı ise, birden fazla kişinin malik olduğu ilişkilerdekinden farklı bir mantıkla, tarım arazilerinin büyüklüklerini artırma, ekonomik olarak aileleri geçindirebilir boyutlara ulaştırma ve bu şekilde tarım faaliyetlerinin artırılması hedeflenmektedir. Kanun’un yürürlükten kaldırılan ve uyuşmazlığın temeli olan 8/İ maddesinin ikinci fıkrası, “*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdış tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdış maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdış malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla*

¹² RG, 04.11.2020, 31294.

sınırdış tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdış arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.” şeklindeydi.

Bu madde düzenlenmesinin diğer yasal önalım haklarından farkı, araziyle aslında hiçbir bağı olmayan, ayrıca devreden malik ile de bir hukuki bağı bulunmayan komşu parsellerdeki maliklere bu hakkı tanınmasıdır. Bu nedenle, önalım olayı olan satışın gerçekleşmesine dayalı olarak, diğer şartların da var olmasına bağlı olarak bitişik komşu parsel maliklerinin kanundan doğan önalım hakkı gündeme gelir.

B- Önalım Hakkının Koşulları

Çalışmanın konusu sınırdış maliklerinin önalım hakkının doğumunun koşullarını incelemeyi hedeflememektedir; asıl olarak kanuni düzenlemeye dayalı bu hakkın sonradan yürürlükten kaldırılmasına ilişkin sonuçlar irdelenmek istenmektedir. Yine de, konunun daha kolay anlaşılabilmesi adına, Kanun’da 2020 öncesinde mevcut olan, şu an hâlâ mevcut olup olmadığı tartışmalı olan, sınırdış malikin önalım hakkının hangi koşullarda doğacağı ve nasıl kullanılacağına kısaca değinilecektir. Çalışma bu hususları temel almadığından, konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar konusunda temel kaynaklara atıf yapılmakla yetinilecektir.

1- Önalım olayı gerçekleşmelidir.

Sözleşmeden ya da kanundan doğabilen önalım haklarının tümünde olduğu gibi, hak sahibinin geciktirici koşula bağlı bir alım hakkı olan önalım hakkının doğabilmesi için, “önalım olayı” olarak adlandırılan, satış ya da ekonomik olarak satışa eşdeğer bir hukuki işlemin¹³ yapılması gerekir. İcradan satış, miras paylaşımı, eşe veya çocuğa devir, bağışlama vb. satış olmayan ya da satışta olduğu gibi, sadece ekonomik bir fayda elde etme amacı taşımayan işlemlere dayalı devirlerde önalım olayı gerçekleşmez¹⁴. Önalım olayı gerçekleşmediğinde de, önalım hakkı doğmaz.

¹³ 2012 yılında TBK m.240 ile getirilen bu unsurun, kanundan doğan önalım haklarına uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. CANARSLAN, s.8. Kanımızca maddenin kanundan doğan önalım hakları bakımından da uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmaz. Düzenleme bakımından tereddüdümüz, tarafların saiklerini bilmenin zorluğu karşısında maddedeki takdir hakkının uygulamada kullanılmasındaki özenin gösterilip gösterilemeyeceğine ilişkindir. Hâkimin tereddüt halinde işlemi ekonomik olarak satışa eşdeğer bir işlem olarak kabul etmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1919; SİRMEN, s.448; TOPUZ Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara 2020, s.360.

2- Devredilen taşınmaz tarım arazisi olmalıdır.

Kanun'un amacı tarım arazilerinin¹⁵ korunmasıdır; bu nedenle normun koruma amacı sadece tarım arazilerine yönelmiş olup, başka cinsten bir arazinin devredilmesi halinde Kanun'daki önalım hakkı doğmaz. Örneğin, arsa niteliğinde bir arazi, başka bir tarım arazisine sınırdış olsa ve orası da imar ihya yoluyla tekrar tarım arazisi haline dönüştürülebilecek olsa dahi, bu kanuna dayalı olarak bir önalım hakkı doğmaz. Madde ile sağlanmak istenen sonuç, zaten kendi tarım arazisi olan malikin, kendi arazisiyle sınırı olan diğer arazinin satılması halinde satın almasına imkân vererek; onu da kendi arazisi ile birlikte, ayrıca bir ekonomik yük olmaksızın¹⁶ tarım faaliyetini sürdürebilmesidir.

Devredilen arazinin tarım arazisi olması yeterli olup, tarım arazilerinin kendi içindeki sınıflandırmasının¹⁷ önemi bulunmaz.

3- Arazinin tümü devre konu olmalıdır.

Sınırdış malikin önalım hakkının doğabilmesinin koşullarından biri de, arazinin bütününe ilişkin bir devrin gerçekleşmesidir. Kanun'un amacı, tarım arazilerin birlikte tarım faaliyetine konu edilmesi, bu bağlamda arazilerin ekonomik yeterliliğe sahip büyüklüklere ulaşılması istendiğinden, bir tarım arazisindeki pay devri halinde arazinin tümünün tek kişiye ait olmasından bahsedilemez. Bu halde kendi arazisine sınırı olsa dahi paylı mülkiyet ilişkisi içinde bulunduğu bir araziye, diğer paydaşların rızası olmadan kullanamaz. Bu nedenle arazinin tümünün satışı

¹⁵ Kanun'daki tanımları içeren madde 3'te tarım arazisinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmaktadır. Tanımlar başlıklı 3. maddenin d bendinde yer alan "tarım arazisi" tanımı şu şekildedir: 'Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hâle dönüştürülebilen arazileri (...) ifade eder'.

¹⁶ Dural tarımsal arazilerin bölünmemesi gereğini haklı olarak şu şekilde açıklıyor: "Söz gelimi, bir arazi bir bütün iken, tek traktör, tek buğday öğütücü, tek bir silo yeterliyken; dörde bölündüğünde her birinin sahibinin, birer traktör, birer buğday öğütücü ve siloya¹⁶ ihtiyacı olacak, fakat alınacak ürün, en iyi ihtimalle aynı kalacaktır. Keza, çok büyük tarımsal işletmenin sahibi, elde ettiği yüksek gelirle üretimi artıracak, modern teknoloji satın alabileceken; bunun parçalanması üzerine her bir parçanın sahibi elde edeceği sınırlı gelirle böyle bir teknolojiyi satın almaya para ayıramayabilecektir.". DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, Miras Hukuku, B.17, İstanbul 2021, N.2106.

¹⁷ Sınıflandırma ve örnekler için bkz. BİLGİN YÜCE, s.106-107.

halinde önalım hakkı doğar; payın satışında sınırdaş malikin önalım hakkı doğmasından bahsedilemez¹⁸.

4- Üçüncü kişiye devir yapılmalıdır.

Hukukumuzda üçüncü kişi terimi, borç ilişkisinin tarafı olmayan kişiler için kullanıldığı gibi, bir topluluk söz konusu olduğunda, topluluk dışında kalan kişiler için de kullanılabilir. Bir satış sözleşmesinde alıcı ve satıcı dışındaki herkes üçüncü kişidir. Paylı mülkiyet ilişkisi söz konusu olduğunda, paydaş olmayan bir kişi üçüncü kişi olarak isimlendirilir.

Bu düzenleme bakımından aslında taşınmazını devreden malik ile sınırdaş malik arasında bir ortaklık, birlikte mülkiyet ilişkisi gibi hiçbir hukuki bağ bulunmazken, adeta sınırdaşlık nedeniyle oluşan bir birliklilik varmışçasına “üçüncü kişi” kavramı gündeme getirilmektedir.

Kanun’un 8i maddesi kapsamındaki üçüncü kişi, arazide paydaş olmayan bir kişi olabilir. Bunda zaten bir özellik bulunmaz; pay devri ya da paydaşlar arası devir, m.8İ’deki sınırdaş malikin önalım hakkının doğmasına yol açmaz.

Bunun dışında diğer bir sınırdaş malike arazinin devredilmiş olması halinde de, diğer sınırdaş maliklerin önalım hakkı söz konusu değildir¹⁹. Madde düzenlemesi tarım arazilerinin birlikte işlenmesini desteklediği için, arazinin zaten sınırı olan diğer bir taşınmaz malikine devredilmesi halinde hükmün amacının sağlandığını kabul etmekte; diğerlerine bir önalım hakkı tanımamaktadır. Bu bağlamda, devredilen tarım arazisinin sınırı olan diğer tarım arazilerinin malikleri de üçüncü kişi kapsamında olmazlar.

¹⁸ “Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım haklarının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu, tarım, parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli, olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” AYM, E.2014/133, K. 2014/165, T. 30.10.2014. RG, 10.1.2015, 29232. Anayasa mahkemesinin bu kararına atf yapan aynı yönde olan karar için bkz. İzmir BAM, 14. HD, E.2017/262, K.2017/302, T.24.4.2017. <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=16661>.

¹⁹ “15.05.2014 tarihli ve 29001 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6537 sayılı Kanununun 5. maddesi ile 5403 sayılı Kanuna eklenen 8İ’ maddesinin 2. fıkrası gereğince Tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım hakkını kullanamaz.”. YARGITAY, 14. HD, E.2016/1445, K.2018/2496, T.15.8.2014. hukukmedeniyeti.org (Erişim tarihi 15.12.2021).

Ortaklık ilişkisi bulunmayan, birlikte mülkiyet içindeki kişilerden biri olmayan ve sınırı olan arazilerinden birinin maliki olmayan kişi, bu düzenleme bakımından üçüncü kişi sıfatını taşır.

5- Sınırdaş bir tarım arazisinin maliki önalım hakkına sahip olabilir.

Önalım hakkı sahibi olarak da, devredilen taşınmaza sınırı olan tarım arazilerinin maliki olma koşulu bulunmaktadır. Her ne kadar, aşağıda açıklayacağımız üzere sonuçlarını oldukça sakıncalı bulsak da, bu koşul Kanun'un ve bu maddenin amacıyla uyumludur. Tek kişi malik, diğer koşulların da varlığı halinde, süresi içinde önalım hakkını kullanabilir²⁰.

Sınırdaş malikin birlikte mülkiyete konu olması halinde önalım hakkının kullanılmasına ilişkin bir karar alınması zorunludur. Paydaş ya da ortaklar tek başlarına önalım hakkını kullanamazlar; önalım hakkı amacıyla bağlantılı olarak, ancak tümü tarafından kullanılabilir. Elbirliği mülkiyetinde tüm kararların oybirliği ile alınması esas olduğundan, burada da sonuç değişmez ve her ortağın rızası ile birlikte edinme gündeme gelir. Bu yönde geçerli bir kararın çıkması sonrasında söz konusu tarım arazisinin kazanılması ihtimalinde, bu taşınmaz üzerinde iradeye dayalı bir birlikte mülkiyet ilişkisi tesis edildiğinden elbirliği mülkiyeti değil, paylı mülkiyet oluşur.

Sınırdaş arazideki mülkiyet paylı mülkiyet ilişkisi içinde olduğunda, her ne kadar Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün 03.11.2017 tarihli Tarım Arazilerinde Mül-

²⁰ "Satılan tarımsal araziye bitişik konumda birden çok tarımsal arazinin varlığı ve bunların tümünün maliklerinin önalım hakkını kullanmaları hâlinde, hâkim, özellikle söz konusu sınırdaş arazilerde yürütülen tarımsal faaliyetin türünü dikkate alarak, tarımsal bütünlük açısından bir değerlendirme yapmalı ve satılan arazinin mülkiyetinin o araziyle aynı türden tarımın yapıldığı bitişik arazi malikine devrine karar vermelidir. Eğer sınırdaş tarım arazileri tarımsal bütünlük açısından eşit durumda bulunuyorlarsa, kanaatimce, önalım hakkını kullanan birden çok paydaşın önalım konusu payı eşit olarak kazanacağını öngören 11.6.1947 tarihli ve 5/18 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda, yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün sağlanması şartıyla, satılan arazinin mülkiyetinin de önalım hakkı sahibi arazi maliklerine eşit olarak bölünerek devrine karar verilmelidir." ÖZÇELİK, s.104. Ayrıca bkz. AKSU KAYACAN, s.565 vd.

kiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı'nda, paylı mülkiyete tabi taşınmazların önalım hakkı olmayacağı belirtilmekteyse de²¹, kanuni düzenleme bu şekilde bir sınırlama içermemektedir; bu nedenle paylı mülkiyet konusu olan sınırdaş bir taşınmazın malikleri de, geçerli bir kararla önalım haklarını kullanabilirler. Paylı mülkiyet ilişkisi içinde, yönetim işleri ayrımında yeni bir taşınmaz satın alınması sayılmamaktadır. Bu sonuç doğaldır, çünkü paylı mülkiyete konu eşyaya ilişkin kararların nasıl alınması gerektiğine ilişkin düzenlemeler söz konusudur. Oysa burada bir taşınmaza birlikte malik olan kişiler, yeni bir taşınmaz edinmeye karar vermektedir. Her bir paydaş malik hak ve yetkilerine sahip olsa da, paydaş olduğu tarım arazisindeki faaliyeti tek başına yürütmektedir. Kanundaki önalım hakkı kişi temelli değil, arazilerin yan yanılığı ve birlikte işletilmesi dikkate alınarak getirilmiştir. Bu nedenle bizim kanaatimiz, TMK m.992 kapsamında olağanüstü yönetim işi olduğu²² ve oybirliği ile

²¹ "En az bir noktada birbirleri ile ortak sınırı bulunan tarım arazileri sınırdaş olarak değerlendirilir. Ancak, paylı tarım arazileri diğer tarım arazileri sınırdaş olarak değerlendirilmez ve paylı tarım arazilerindeki paydaşlar sınırdaş araziler için ön alım hakkı kullanamaz." Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı.pdf, s.1. (tarimorman.gov.tr) (erişim: 09.04.2022). Kanunda bu şekilde bir sınırlama bulunmazken, talimat ile sınır getirilmesi mümkün değildir. Normlar hiyerarşisinde metnin kanuna aykırılığı açık olup, uygulanması mümkün değildir. Aynı yönde bkz. AKSU KAYACAN, s.565.

²² Bu noktada olası diğer bir görüş, sınırı olan diğer bir parseli satın almayı önemli yönetim işi olarak kabul edebilir. Bizim kanaatimiz bu yönde olmamakla birlikte, TM m.691 uyarınca, taşınmazda işletme usulünün, tarım türünün değiştirilmesi, adi veya ürün kirası sözleşmeleri akdetme konularında olduğu gibi pay ve paydaş çoğunluğu aranması gerektiği söylenebilir. Ancak bu şekilde geçerli bir karar alınabileceğinin kabul edilmesi, diğer paydaşları satış bedelini ödeme borcu altına sokabileceklerini kabul etmek anlamına gelecektir. Paylı mülkiyet ilişkisi içinde pay ve paydaş çoğunluğu ile bunun yapılabilmesinin ancak özel bir düzenleme ile mümkün olduğunu; aksi durumlarda oybirliği ile karar alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu görüşümüzü desteklemek adına hatırlatmak isteriz. Birlikte mülkiyet ya da topluluk ilişkilerinde, geçerli bir karar sonrasında, birliktelik içinde bulunan, fakat karara katılmayan diğer kişileri satış sözleşmesi yapmaya zorlamanın mümkün kabul edildiği çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bunların temelinde yatan olgu TMK m.696'da düzenlenen paydaşlıktan çıkarmadır. Kat mülkiyetinde bağımsız bölümünü düzgün kullanmayan veya kullanılmasını sağlayamayan kat malikinin bağımsız bölümünü devralmayı düzenleyen KMK m.25, kat irtifakında bağımsız bölümünü tamamlamayı gerçekleştirilmeyen hak sahibinin hakkını devralmayı düzenleyen KMK m.26, beşten fazla kişinin bir yapı yapmak üzere taşınmaz satın alması halinde, yapı yapılmasına engel olan paydaşın payının beşte dördün vereceği karar ile satın alınmasına imkân veren KMK ek m.4, 6306 sayılı yasada riskli yapı ilanından

karar verilmesi ve tüm paydaşların birlikte²³ hakkı kullanması gerektiği şeklindedir²⁴.

Yukarıda anılan şartların tümünün mevcut olayda gerçekleşmesi halinde sınırdış malik ya da malikler kanundan doğan önalım haklarını kullanabilirler. Alt başlıkta kısaca kullanma şekline ve süresine değinilecektir.

C- Önalım Hakkının Kullanılması

Kanun'da ilgili madde 8İ'nin son fıkrasıyla da TMK'da yer alan paylı mülkiyet ilişkisindeki yasal önalım hakkına atıf yapılmaktadır. Kanundan doğan önalım hakkı, TMK m.732 vd. düzenlenmektedir. Bu atıfla Kanundaki önalım hakkı da, TMK m.733/sonda öngörülen hak düşürücü süre içinde ve TMK m.734 uyarınca dava açılarak kullanılmalıdır.

Buna göre hak sahibi, kendisine noterden bildirim yapılmasından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde TMK m.734'te açıkça öngörüldüğü üzere dava yoluyla kullanılması gerekir. Burada noterden bildirim

sonra yeniden değerlemeye katılmayan kat malikinin / paydaşın payının üçte iki çoğunlukla satın alınmasını düzenleyen m.6 ve bunlar gibi düzenlemeler, TMK m.696'da düzenlenmiş olan paydaşıktan çıkarmanın çeşitli görünümleridir. Bu düzenlemeler, aslında bir satın alma işleminin ya hiç yapılamayacak ya da mümkünse bile, ancak oybirliği ile mümkün olmasına rağmen, düzenlemelerde öngörülen koşulların sağlanması halinde daha düşük bir katılımı karar alınmasını sağlamak için getirilmektedir. Bu nedenle kanımızca, Kanun'da bu şekilde özel bir hüküm bulunmadığından paylı mülkiyet ilişkisi içindeki paydaşların önalım haklarını kullanarak, sınırlarında bulunan diğer bir araziyi kendi arazilerine fiili ya da hukuki olarak katabilecek şekilde satın almaları ancak oybirliği ile karar vermeleri halinde mümkündür.

²³ "5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 6537 sayılı Kanunla değiştirilen 8/i maddesinin ikinci fıkrasında tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdış tarımsal arazi maliklerinin de önalım hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Madde hükmüne göre "sınırdış tarım arazi malikleri" sınırdış arazinin tüm malikleri yani paydaşlarıdır. Davaya konu olayda dosya içerisindeki tapu kaydına göre önalım hakkını kullanmak için bu davayı açan H.K.'nin sınırdış taşınmazın 1/2 paylı maliki olduğu anlaşıldığından tek başına bu davayı açma olanağı bulunmamaktadır. Paylı malik tarafından açılan davanın kabulü ve taşınmazın adına tescili halinde yasanın öngörüldüğü mirasa konu tarımsal arazilerin toplulaştırılması amacı da sağlanmış olmayacaktır. Mahkemece, davanın bu gerekçe ile reddine karar verilmesi gerekirken 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açılmadığı gerekçesiyle reddi doğru görülmemiş ise de davanın reddi sonucu bakımından yerinde olduğundan hükmün belirtilen gerekçeyle onanması gerekmiştir.". YARGITAY, 14. HD, E.2017/2532, K.2017/5316, T.20.06.2017. Benzer bir karar için bkz. YARGITAY 14.HD, E.2015/18958, K.2016/5114, T.26.04.2016.

²⁴ Tek bir paydaşın da önalım hakkını kullanabileceği görüşü için bkz. AKSU KAYA-CAN, s.566-567.

taşınmazı devralan malik bakımından bir külfet niteliğindedir. Noterden bildirim yaptığı takdirde devirden itibaren iki yıl boyunca önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı yönünde bir endişe taşınmasına gerek olmaz. Noterden yapılan bildirim sınırdaş maliklere tebliğinden itibaren üç ay içinde önalım hakkı kullanılmadığında, hak düşürücü sürenin geçmesine bağlı olarak hak kendiliğinden düşer. Ancak bildirim söz konusu olmadığı hallerde, sınırdaş malikler başka bir yolla taşınmazın devrini öğrenmiş olsalar dahi sahip oldukları önalım hakkını, çerçeve süre olan devirden itibaren iki yıllık hak düşürücü süre içinde kullanabilirler. Uygulamada noterden bildirim yapılmadığından, önalım davalarının çoğunlukla iki yılın sonuna doğru açıldığı gözlemlenmektedir. Bu hususa önalım hakkına dayalı uygulamada çıkan sorunlara değindiğimiz bir alt başlıkta yer vereceğiz. Zaten düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasında, aşağıda açıklanacak olan sorunların etkisi büyük olmuştur.

Yenilik doğuran hak olmasına rağmen 2002'den itibaren getirilen düzenleme ile dava açılarak kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Kanun'da yasal önalıma atıf olduğundan burada hak dava yoluyla kullanılabilir. TMK m.734 temelli açılan bu davada, önalım hakkının kullanıldığı beyanını içeren dilekçenin muhatabına, yani yeni malike varması ile taraflar arasında tapuda yapılan ve önalım olayı olarak adlandırılan satış sözleşmesindeki koşullar çerçevesinde satış ilişkisi kurulur. Bundan sonra devam eden dava, davalının pasifinde oluşan mülkiyeti devir borcunu yerine getirmemesine dayalı olarak, mahkeme kararıyla ifasının gerçekleştirildiği tescile zorlama davasının bir görünümü şeklindedir. Davacının yenilik doğuran hakkın kullanımını sonrasında kurulan satış ilişkisine dayalı olarak mülkiyetin devrine yönelik kişisel hakkının ifası mahkeme tarafından gerçekleştirilmektedir. Devam eden dava bir eda davası olmakla birlikte, verilen karar ile mülkiyetin davacıya (TMK m.705/II uyarınca) tescilsiz geçişi gündeme geldiğinden yenilik doğuran niteliğe sahiptir. Sicil dışı kazanılan mülkiyet hakkı için tapuda açıklayıcı (bildirici) tescil yapılır.

Önalım hakkı davası açıldığında bedelin depo edilmesi gündeme gelir. Bedel tapudaki satış sözleşmesindeki bedeldir. Bu bedele ilişkin de uygulamada birçok sorun doğmakta olup, aşağıda açıklanacaktır.

III- SINIRDAŞ MALİKLERİN ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN SORUNLAR

Sınırdış maliklere Kanun ile önalım hakkı tanınması uygulamada birçok soruna ve kötüye kullanımlara yol açmıştır. Sınırdış maliklere tanınan önalım hakkının Anayasaya aykırılığı iddiası ile dava açılmışsa da, tarım politikaları dikkate alınarak mülkiyete kısıtlama getirilebileceği ve Anayasaya aykırılık taşımadığı yönünde karar verilmiştir²⁵. Ancak bu karardan kısa bir süre sonra, kanımızca uygulamadaki sıkıntıları ve mağduriyeti fark eden kanun koyucu, kendisi duruma müdahale ederek Kanun'un, sadece sınırdış maliklere önalım hakkı tanıyan ikinci fıkrasını yürürlükten kaldırmıştır.

Yürürlükten kaldırılmasının nedenlerini görebilmek ve sonrasında, yürürlükten kaldırılmasının etkilerine ilişkin görüşümüzü temellendirebilmek adına ilgili maddenin uygulamada yarattığı sorunlar ayrıntıya girilmeksizin açıklanmaya çalışılmıştır.

A- Önalım hakkı genelde iki yıllık hak düşürücü sürenin sonlarında kullanılmaktadır.

İki yıllık çerçeve sürenin varlığına dayalı olarak, çoğu olayda hak sahibi sınırdış malikler satıştan haberdar olmalarına rağmen, önalım haklarını kullanmak için iki yılın sonunu beklemektedir. Sınırdış maliklerin önalım haklarını kullanmak için iki yılın sonunu beklemelerinin sebebi açıktır; enflasyonist bir ortamda ve taşınmazların sürekli değerlerinin arttığı bir ülkede, iki yıl oldukça iyi bir süre olup, bu süre içinde değer artışı yaşanması kaçınılmazdır. Önalım hakkı kullanıldığında açılan da-

²⁵ "(...) önalım hakkını kullanan sınırdış parsel maliki, satışın tarafları arasında akdedilen sözleşmede (resmi satış senedinde) gösterilen bedeli satıcıya ödemek zorundadır. Dolayısıyla taşınmaz, malikin amaçladığı kişinin dışındaki birine satılmakta ise de malikin maddi yönden herhangi bir kaybı söz konusu olmadığından menfaatinin gözetilmediği ve dolayısıyla mülkiyet hakkına ölçüsüz bir şekilde müdahalede bulunulduğu söylenemez. Malikin, mülkünü dilediği kişiye satabilmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının bir gereğidir. Dava konusu kural, tarım arazilerinin büyüülmesini sağlamak amacıyla malikin bu serbestisini, sınırdış parsel maliklerine önalım hakkı tanımak suretiyle sınırlamıştır. Buna karşılık, kanun koyucu, taşınmazın sınırdış maliklerden birine satılması durumunda, satış yapılacak sınırdışı seçmesi hususunda maliki tamamen serbest bırakmak suretiyle kamu yararı ile malikin kişisel yararı arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır. Kanun koyucu bir yandan, malikin mülkünü dilediği kişiye satma yetkisini sınırlarken diğer taraftan bu kısıtlamayı, taşınmazın sınırdış malikler dışındakilere satılması durumuna münhasır kılarak orantı kurmuştur." AYM, E.2014/133, K.2014/165, T. 30.10.2014. RG, 10.01.2015, 29232.

vada ödenecek bedel, taşınmazın reel değeri olmayıp, tapuda “gösterilen” satış bedelidir. Zaten sorunlardan bir diğeri de satış bedeli olarak tapuda “gösterilen bedel”e ilişkindir.

Bazı durumlarda başta hiç satın alma niyeti olmayan sınırdaş malklerin dahi, “fırsatı değerlendirmek” istedikleri görülmektedir. Bu kişiler taşınmaz satın alma düşüncesinde değilken, kanundan doğan ve iki yıl önceki “gösterilen düşük bedelden edinme fırsat”ına sahip olduklarını fark ettiklerinde, ödeyecekleri rakamın düşüklüğünü cazip bulup dava açabilmektedirler.

Bu noktada noterden bildirimde bulunmayan alıcıları elbette eleştirebiliriz, ancak bu eleştirimizin uygulamaya bir katkısı olmaz.

B- Tapuda yapılan işlemlerde harçlandırmada kullanılan belediye rayiçleri hiçbir yerde gerçek taşınmaz değerlerini göstermemektedir.

Tapuda işlem yapılmak istendiğinde işlem harcı alınmaktadır. Taşınmaz devrinde taşınmazın satış bedeli üzerinden bir harçlandırma yapılmakta olup, bedelin belli bir oranı olan bu harç çoğu kişiye yüksek gelmekte, buna bağlı olarak da bedelde muvazaa²⁶ dediğimiz, işlemin gerçek

²⁶ Bedelde muvazaa, yapılan (genellikle) bir satış sözleşmesinde, üçüncü kişileri aldatma amacıyla bedelin gerçeğinden yüksek ya da düşük gösterilmesidir. Nisbi ya da nitelikli muvazaa olarak adlandırılan bu tür muvazaalarda, temelde iki işlem söz konusudur. Görünürdeki işlem üçüncü kişileri aldatma amacı taşıyan ve tarafların gerçek iradelerini yansıtmayan işlemdir; bu işlem muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzdür. Gizli işlem ise, üçüncü kişilerden saklanan, ancak tarafların gerçek iradelerini yansıtan işlemdir; bu işlem ise, kendi geçerlilik koşullarını taşıdığı takdirde geçerli olabilir. Miras muvazaaları bakımından gizli işlem şekle aykırılıktan kesin hükümsüz sayılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bedelde muvazaa halinde de, gizli işlemi şekle aykırılıktan kesin hükümsüz sayarken Türk Hukuku bakımından sonuçlar farklıdır. Özellikle satış bedelinin gerçekten daha düşük gösterildiği hallerde Vergi Mevzuatı uyarınca eksik harcın tamamlattırılarak işlemin ayakta tutulması kabul edilmektedir. 492 sayılı Harçlar Kanununun 63. maddesinin 4. fıkrasına göre, “(Değişik üçüncü fıkra: 4/6/2008-5766/11 md.) Tapuda yapılan işlemden sonra, emlak vergisi değerinden daha düşük bir bedel üzerinden harç ödendiğinin veya beyan edilen devir ve iktisap bedelinin gerçek durumu yansıtmadığının tespit edilmesi halinde, aradaki farka isabet eden harç ikmalen veya re’sen tarh edilir. Bu suretle tarh edilecek tapu ve kadastro harcı için, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi ziyat cezası % 25 nispetinde uygulanır. Takdir komisyonu kararlarına istinaden bu fıkra uyarınca tarhiyat yapılamaz.”. Önalım hakkına ilişkin bedelde muvazaa sorunları için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1443a vd.; SİRMEN, s.354 vd.; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 26, Ankara 2021, s.411 vd.; ANTALYA O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1, B. 2, Ankara 2019, N.1493 vd.; TOPUZ, Mülkiyet, s.166 vd.

değerinden daha düşük gösterilmesi sorunları gündeme gelmektedir²⁷. Bu sorun hukukçu olmaya gerek olmaksızın Türkiye’de bir kere dahi tapuda işlem yapmış herkes tarafından bilinmekte, hatta idare de bu soruna çözüm getirme konusunda çeşitli adımlar atmaktadır²⁸. Belediyeler tarafından emlak vergisine esas olan değer tespitleri tapuda da kullanılmaktadır. İşlemlere esas alınan emlak vergisine esas değerler, taraflar arasındaki satış bedelini yansıtmadığı gibi, gerçek yaşamda taşınmaz rayiç değerini de asla göstermemektedir.

Sonrasında sorun yaşamayacağını düşünen ve tapuda düşük harc ödemek isteyen taraflar, özellikle alıcı tarafı, tapuda bu miktarlar üzerinden satış yapıldığını beyan etmektedir. Elbette taşınmazın reel değeri olmayan, ayrıca alıcının ödediği bedeli göstermeyen, ancak tapuda resmi bir senette satış bedeli olarak görünen bu rakam, önalım hakkının kullanılmasında hak sahibinin ödemesi gereken rakama esas olmaktadır. Yargıtay içtihatlarında neredeyse istikrarlı bir biçimde, TBK m.19/son esas alınarak bedelde muvazaanın üçüncü kişi konumundaki önalım hakkı sahibine ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir²⁹. Kanımızca TBK

²⁷ “Türk Hukukunda vergi mevzuatına göre eksik gösterilen bedel sonradan tamamlanarak eksik ödenen harc cezalı olarak alınmakta ve böylece satış sözleşmesinin geçerliliği kabul edilmektedir.” EREN, s.412. Aksi yönde bkz. OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY-ÖZDEMİR, N.1443a; SİRMEN, s.356.

²⁸ Bir internet gazetesindeki makalede dahi bu sorun açık bir şekilde dile getirilmektedir. Makalede idarenin de bu yönde adım attığı açıklanmadır. Bugüne kadar sorunun çözümüne ilişkin bir adım atılmamıştır. “Tapu harcında bu sınır Emlak Vergisi değeri olarak belirlenmiştir. Ancak Emlak Vergisi değerlerinin çoğu zaman çeşitli sebeplerle gerçek durumu yansıtmaması ve güncelliğini yitirmesi, başka bir ifade ile gerçek değerinin altında kalması nedeniyle gayrimenkul alım satımında ana hesaplama yöntemi olarak gerçek değerden düşük bu değer kullanılageldiği de bilinmektedir. İdare bu önemli soruna çözüm için yıllardır çalışmakta, kafa yormaktadır. 5 Şubat 2019 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 30 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün amaçları arasına “toplu değerlendirme faaliyetlerini düzenlemek ve yürütmek” ibaresi; Genel Müdürlük’ün görev ve yetkileri arasına da “Taşınmazların toplu değerlendirme yöntemleriyle değerini belirlemek, değer bilgi merkezini kurmak, yönetmek ve değer haritalarının üretilmesi ile güncel tutulmasını sağlamak” görevi eklenmiştir.” <https://www.pwc.com.tr/tr/medya/kose-yazilari/ersun-bayraktaroglu/tapu-harci-matrah-nasil-belirlenmeli1>. html#:~: text=Tapu%20Harc%C4%B1'nda %20esas%2C%20al%C4%B1c%C4%B1, olan%20Emlak%20Vergisi %20de%C4%9Feri%20kullan%C4%B1l%C4%B1r. (erişim :09.03.2022).

²⁹ Yargıtay’ın düşük bedelli davalarda kullandığı klişe ifade, “kişi kendi muvazaasına dayanamaz” şeklindedir. Konuya ilişkin Yargıtay’ın ikinci klişe cümlesi ise, “taraflar işlemin muvazaalı olduğunu üçüncü kişilere karşı ileri süremezler.” dir. Bu iki cümle de

m.19/sonda yer alan muvazaanın üçüncü kişilere ileri sürülememesi kuralının hiçbir şekilde, somut olay değerlendirmesi yapılmaksızın her duruma uygulanması uygun değildir. Bu tür durumlarda taşınmazın rayiç bedeli üzerinden önalım hakkının kullanılması gerektiğini düşünmekle birlikte, konu doğrudan bununla ilgili olmadığından burada gerekçelendirme yapmıyor; bu tür davalarda, olması gerekenin, karara en yakın tarihteki değer üzerinden bedellerin tespit edilmesi ile en adil çözüme kavuşulacağını düşünüyoruz.

Sonuç olarak, tarım arazisi satın almış olan alıcı, yaklaşık iki yıl öncesinde ödediği gerçek rakama bile kavuşmadan taşınmazı sınırdaş malike devretmek durumunda kalmaktadır. Elbette noterden bildirim göndermediği için kınadığımız alıcıyı, bir de gerçek satış bedeli üzerinden tapuda işlem yapmadığı için eleştirebiliriz. Bildirimdeki kınamamız anlamlı olacaksa da, bedel konusundaki eleştirimiz enflasyon karşısında diğeri kadar anlamlı olmayacaktır. Alıcıların gerçek değeri üzerinden işlem yaptıkları durumlarda dahi, iki yılın geçmesiyle değer artacağı açıktır.

İster bedelde muvazaa nedeniyle isterse de enflasyon nedeniyle olsun, önalım hakkının çerçeve süre olan iki yılın sonlarında kullanılmasına

mutlak bir biçimde geçerli değildir. Bu cümleler ancak istisna nitelikteki kurallar sonucunda söylendiğinde, doğru olabilecek cümlelerdir. Kişi kendi işleminin muvazaalı olduğunu söyleyebilir; bunu kesin delillerden biri ile ispatladığında, bir sorun olmadan işlemin muvazaalı olduğu tespit edilir. Bu nedenle kişi kendi işleminin muvazaalı olduğunu söyleyebilir ve bunu ispatlayabilir. Muvazaanın tarafları işlemin muvazaalı olduğunu üçüncü kişilere karşı da ileri sürerler. Çünkü işlem kesin hükümsüz olup, kural olarak, herkese karşı bu kesin hükümsüzlük ileri sürülebilir; hâkim de görevi gereği tespit eder. Yeter ki, işlemin kesin hükümsüz olduğunun ileri sürülmesine engel olan bir kanuni düzenleme olmasın. “Muvazaalı işlem hâkim görüşe göre kural olarak, üçüncü kişiler hakkında da batıl olup, muvazaa onlara karşı da ileri sürülebilir. Örneğin, muvazaalı bir satış sözleşmesine binaen A, taşınmazını B’ye devretmişse, tescil yolsuz olduğundan, mülkiyet B’ye geçmez. B, bu taşınmazı iyiniyetli bir üçüncü kişiye (Ü’ye) kiraya verdiği takdirde, A, bu durumu Ü’ye karşı ileri sürer. Böyle bir halde Ü korunmamıştır. A, taşınmazın maliki olduğunu, B adına düşürülen kaydı muvazaalı ve bu nedenle geçersiz bir hukuki işleme dayandığını ileri sürerek tapu sicilindeki kaydı düzeltebilir ve Ü’nün taşınmazı kendisine teslim etmesini sağlayabilir. Ancak, kuralın bazı istisnaları da vardır.” EREN, s.415. Görüldüğü üzere, genel kural muvazaanın herkese karşı etkili olması, TBK m.19/sonda iyiniyete sonuç bağlanan istisnai durumda üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesidir. İyiniyete sonuç bağlanan ve istisna niteliğindeki bir hükümün, sınırdaş malik ya da arazinin paydaşı olarak zaten gerçek değerini bilen veya bilmesi gereken bir kişiye hak kazandırmak için kullanılması maddenin amacına uygun değildir. İstisna niteliğindeki hükümlerin, kanuna uygun olmayan bir biçimde genişletilmesinin hukukun temel ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir

bağlı olarak alıcıların satış bedeli nedeniyle mağdur olduğu açıktır. Ayrıca bu mağduriyet sadece tarım arazilerindeki önalım hakkına ilişkin olmayıp, diğer yasadan doğan önalım hakları bakımından da söz konusudur.

C- Tek bir sınırdış malikin önalım hakkını kullanması halinde, taşınmazların miktarlarının hiç dikkate alınmadan davanın kabul edilmesi normun amacını aşan bir sonuç yaratmaktadır.

Maddenin amacı, tarım arazilerinin yeter büyüklükten aşağıda kalmasının önüne geçilmesi ve açıklandığı üzere, ailelerin tarım faaliyetiyle geçinebilecek miktarlarda tarım arazilerine sahip olmasıdır. Bu bağlamda sınırdış malike bu hak tanınarak, arazisini büyütme imkânı verilmek istenmiştir. Ancak bu yapılırken, önalım hakkının kullanıldığı arazi ile önalım hakkına sahip olan sınırdış malikin arazisinin miktarının karşılaştırması yapılmamıştır. Uygulamada karşımıza çıkan bir olayda, asgari büyüklüğünün yirmi dönüm olarak tespit edildiği Çanakkale’de bu büyüklüğe ulaşmak adına, biri iki dönüm diğeri on sekiz dönüm olan iki bitişik parseli³⁰ satın alan alıcıya karşı, on sekiz dönümlük parseli bitişik olan bir dönümlük bir arazinin maliki önalım davası açmış; mahkeme davayı kabul etmiştir³¹. Oysa bu olayda arazilerin büyüklükleri değerlendirilmesi halinde, on sekiz dönümlük arazinin sınırdış malike devri ile iki parseli yirmi dönüme ulaşmak için satın almış olan alıcının elinde, yeter büyüklüğe sahip olmayan iki dönümlük bir tarım arazisi kalmıştır.

Kanun’un uygulamasında da dikkate alınacak husus, normun koruma amacı olmalıdır. Bu nedenle, bir sonuç elde edilmek istenirken, sınırsız ve ölçüsüz bir şekilde mülkiyet hakkına müdahale edilemez. AYM, kamu hukuku kaynaklı kısıtlama olsa dahi, mülkiyete kısıtlama getirirken amaçla sınırlı ve ölçülü olma ilkelerini sürekli uygulamaktadır. Bu ilkeler hukukun temel ilkeleri niteliğindedir ve AİHM tarafından da kısıtlamaların denetlenmesinde bu ilkeler kullanılmaktadır. Uygulamada bazı hâkimler bu sonucun sakıncalarını görmüş; kararlarında bu hususu

³⁰ Alıcı, satın aldığı ve bitişik konumdaki iki arazisini, sadece Kadastro Müdürlüklerine başvurarak harcını ödeyerek, TMK m.1000/II uyarınca “birleştirilmesi (tevhidi)” talebiyle, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne ulaşma imkânına sahipti. Bu konuda hiçbir yasal engel bulunmamaktayken, salt kanunun lafzı nedeniyle sınırdış malike önalım hakkını tanınmasını hem yasanın ruhuna hem de TMK m.2 hükmüne aykırı bulmaktayız.

³¹ Ezine Asliye Hukuk Mahkemesi, E.2019/62, K.2021/258, T.03.09.2021 (Yayınlanmamış karar).

dikkate alarak kararlar vermişlerdir³². Kanımızca bu husus düzenleme konusu olsaydı ya da içtihatlar bu yönde gelişseydi, maddenin amaçladığı sonucun sağlanma ihtimali daha yüksek olabilirdi³³.

³² “Kanun Koyucu, belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünün altındaki parsellerin satışa konu edilmeleri halinde, satın almada öncelik hakkını komşu parsel malikine tanımak suretiyle belirlenen miktarın altındaki tarım arazilerinin komşu parsellerle birleştirilmesini ve asgari tarımsal arazi büyüklüğüne kavuşturulmasını hedeflemiştir. Taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda ve uygulamasında, mülkiyet hakkının özüne zarar verilmemesi gerekir. Bu yapılırken, önalım hakkının kullanılmasyla güdülen amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin araştırılması gerekir. Satışı yapılan her tarımsal arazi hakkında, büyüklüğü ne olursa olsun, komşu tarım arazisi malikinin önalım hakkının kullanabileceğini kabul etmek, asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki tarafından istenilen kişiye, gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olur. Böyle bir uygulama, mülkiyet devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına gelir. Kanun bir bütün olarak nazara alındığında, kanun koyucunun tarım arazilerinin hadsiz ve hudutsuz bir şekilde büyütülmesini amaçlamadığı, belirlenen büyüklüğün altındaki tarım arazilerinin komşu tarım arazileriyle birleştirilmesini hedeflediği açıktır. Davalı tarafından satın alınan ve davaya konu taşınmazın niteliği mahkemece yapılan keşif sonucu aldırılan bilirkişi raporunda tespit edilmemiş ise de 5403 sayılı Kanun’un 8. maddesinde belirtilen asgari tarımsal büyüklük miktarı ile hedeflenen miktarın çok üzerinde olduğu hatta kanunun 8/A maddesinde belirtilen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün de çok üzerinde olduğu anlaşıldığından, bu taşınmaz hakkında önalım hakkının kullanılması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. 4721 sayılı Kanun’un (TMK.) 2. maddesinde belirtildiği gibi; herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” YARGITAY, 14. HD, E. 2018/3645, K. 2019/339, T.15.01.2019. Aynı yönde başka bir karar için bkz. YARGITAY, 14 HD, E.2016/11391, K.2019/8460. Karşı görüş için bkz. YAVUZ – AÇIKGÖZ, s.899-900.

³³ Kararla ilgili çalışmalarında Yavuz ve Açıkgöz kararın yanlış olduğunu, “Bu açıklamalar ışığında ilk derece mahkemesinin kararı değerlendirildiğinde, ‘...her iki tarımsal arazinin, Karacabey ilçesi için 5403 sayılı Yasa kapsamında hazırlanan Tarımsal Arazi Büyüklükleri Cetveli’nde öngörülen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü olan 65 dekarın üzerinde olduğu, dolayısıyla her iki tarımsal arazisinin de yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü karşıladıkları için ayrı ayrı tarımsal bütünlüğe sahip oldukları gerekçesiyle davanın reddine...’ şeklindeki gerekçesinin kanaatimizce hukuki bir dayanağı yoktur. Zira somut olayda önalım konusu tarımsal arazinin tek bir sınırdaş maliki vardır. Birden fazla malikin tarımsal önalım hakkını kullanılması halinde uygulama alanı bulan tarımsal bütünlük ölçütüne başvurulması yerinde olmamıştır” şeklinde açıklamaktadır. YAVUZ – AÇIKGÖZ, s. 912. Kanımızca karardaki gerekçenin dayanağı maddenin içindeki ifadeler olmayıp, normun neyi korumak istediğiyle ilgilidir. Bu nedenle bu sonuca katılmıyoruz.

Konumuz olmadığından ayrıntısına girmemekteyiz; ancak madde- nin yürürlükten kaldırılmasının sebeplerinden birinin de tarım arazileri- nin miktarlarının dikkate alınmadan önalım hakkı tanınmasının, uygula- mada yarattığı mağduriyetler olduğunu düşünmekteyiz.

D- İki yıl boyunca araziyi kullanan yeni malikin araziye kattığı değerler birçok kararda dikkate alınmamıştır.

Üst başlıkta açıklandığı üzere enflasyonist ve genel eğilimin taşın- maza yatırım yapmak olduğu bir ülkede, bir taşınmazda hiçbir değişiklik yapmasak da değer artışı olur. Ancak tarım arazisi edinmek isteyen kişi- lerin büyük bir çoğunluğu arazileri boş bırakmamakta, yeni edindikleri arazinin yarattığı heyecanla arazide bir şeyler yapmak istemektedir. Ta- rım arazisini satın alan alıcılar, genelde ileriye yatırım amaçlı olarak der- hal harekete geçerek, araziye fideler ekmektedir. İki yıl boyunca arazinin ıslahı için uğraşmakta; su, elektrik tesisatları için masraf yapmakta, bazı durumlarda mecra irtifakları, hatta bazı taşınmazlarda yol olmadığı için geçit irtifakı tesisi için emek ve masraf yapmaktadırlar.

Hem lehine tesis edilen irtifaklarla hem TMK m.718 uyarınca üst arza tabidir kuralı sonucu ekilen bitkilerin ya da yapılan yapıların³⁴ ara- zinin mülkiyetinin kapsamında yer almasına bağlı olarak araziler, normal artış dışında da, değer kazanmaktadır³⁵. Bu halde iki yılın sonunu bekle- yen sınırdış maliklerin ödeyeceği rakam değişmemekte, önalım olayı olan satış sözleşmesindeki satış bedeli kadar ödeme ile taşınmazın mül- kiyetini kazanmaktadır. Bunun madde ile istenilen bir sonuç olmadığı izahtan uzaktır. Uygulamada birçok alıcı, bu durumla karşılaşmış; hiçbir sonuç elde edememişlerdir.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN E. Sabâ/ÇELİKLER Gönül, "Tarım Arazile- rinde Yapı İnşa Etme ve Özellikle İkamet Amaçlı Yapılara İlişkin Sorunlar", İstanbul Ba- rosu Dergisi, C.83, S.6, Y. 2009, s.3039 vd.

³⁵ Paylı mülkiyet ilişkisine dayalı önalım hakkı kullanılması halinde de, hem bedelde muvazaa hem de iki yılın sonuna doğru arazi bedelinin düşük kalması sorundur. Ancak paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşların arazi üzerinde kendilerine ait bir alan bulunmaması nedeniyle araziye bitki dikilmesi, yapı yapılmasına dayalı bu şekilde bir sorun yaşanmamaktadır. Zaten paydaşlar arasında bir fiili yararlanma (taksim) sözleşmesi söz konusu ise, önalım hakkının kullanılması TMK m.2'ye aykırı bulun- makta; davalar reddedilmektedir. Bu nedenle sorun tarım arazilerinde sınırdış ma- like önalım hakkı tanındığı hale ilişkindir.

IV- ÖNALIM HAKKININ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI-NIN SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Genel Olarak

04.11.2020 tarihli ve 31294 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kanun’un 20. maddesi ile sınırdaş arazi maliklerine tanınan önalım hakkının düzenlendiği, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/İ maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanımızca burada andığımız, uygulamada çıkan mağduriyetler o kadar yaygın hale gelmiş; mahkemelerde çelişkili kararlar çıkmış ve özellikle iki yıllık sürenin sonunda hakkın kullanılması sonucu çok düşük rakamlara taşınmazların mülkiyetini kazanma fırsatçılığı yaşanmaya başlanmıştır ki, kanun koyucu sınırdaş maliklere tanımış olduğu önalım hakkına ilişkin fıkrayı yürürlükten kaldırma kararı almıştır. Kanun koyucu yürürlükten kaldırmanın sonuçlarını da düzenlemiş olsaydı, aşağıdaki değerlendirmelere gerek olmayacak ve uygulama rahatlayabilecekti. Ancak kanun koyucunun yürürlükten kaldırmanın sonuçlarını düzenlemesine bağlı olarak mağduriyetler sürmüştür.

Aşağıda yürürlükten kaldırılan bu hükme dayalı açılmış olan davaların sonucunun ne olması gerektiğine ilişkin görüşümüz açıklanmıştır.

B- Kanunda Yapılan Değişikliğin Derdest Davalara Etkisi

1- Kanunların Zamansal Olarak Uygulanabilirliği

Her hukukçunun birinci sınıftan itibaren, özel hukuk hükümlerine ilişkin öğrendiği klasik bilgilerden biri de, kanunların geriye yürümeyeceğidir. Kanunların zamansal olarak uygulanır olması ile bağlantılı olan bu kuralın temeli, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun ilk maddesinde yer alır. Kanunun 1. maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

“Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır.”

Elbette bu hüküm, kanunların zamansal olarak uygulanabilirliğine ilişkin temel kuraldır. Ancak bu konuya ilişkin tek kural bu değildir. Yine aynı Kanunun 2. maddesi, istisnaları da açıklamaktadır. *“B. Geçmişe etkili olma I. Kamu düzeni ve genel ahlâk”* başlıklı maddeye göre, *“Türk Medenî Kanununun kamu düzeni ve genel ahlâkı bağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayırık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan, eski*

hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz”.

Ayrıca konuya ilişkin temel kavramlardan biri olan, “kazanılmış hak” da, aynı kanunun 4. maddesinde yer alır. Buna göre, “Eski hukuk yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara, bu Kanun hükümleri uygulanır”.

Bu temel bilgiler ışığında, soruna bakıldığında, konu hakkında iki temel görüş oluşabileceği ve uygulamada da olduğu görülmektedir.

Yürürlükten kaldırılma sonrası konuya ilişkin akademik alanda iki incelemeye rastlanmıştır³⁶. Bunun dışında sosyal medya ortamlarında bazı yazıların ve bazı uygulamacılar tarafından görüş açıklamalarının varlığı da tespit edilmiştir. Tümü incelendiğinde de iki görüşün ortaya çıktığı görülmektedir. Bir görüş, maddenin yürürlükten kaldırılmasının yürürlük anından itibaren, derdest davalara uygulanması gerektiğini³⁷; diğer görüş ise, klasik bakış açısıyla kanunların geriye etkili olmayacağını³⁸, davaların devam edeceğini söylemektedir. Tekrarla bu görüşler, genel olarak uygulamacılar tarafından açıklanmış olup, görüş açıklayanların bir kısmı hukukçu bir kısmı ise tarım arazilerine ilişkin platformlarda görüş bildiren çeşitli uzmanlardır. Bu nedenle anılan açıklamalar, henüz doktrinde yankı bulmamıştır.

Tartışmalı olmayan hususlar ise, değişikliğin yürürlüğe girdiği 04.11.2020’den itibaren gerçekleşen satışlarda sınırdış maliklerin önalım hakkı doğmaz ve 04.11.2020’ye kadar kesinleşerek sınırdış maliklerin mülkiyeti kazandığı vakalar, bu değişiklikten etkilenmez³⁹. Zaten bu iki hususa ilişkin görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Görüş ayrılığı yaşanan nokta, 04.11.2020 öncesi doğmuş bir önalım hakkının, ister dava açılmış

³⁶ IŞIK Melih/ÖZAY O. Levent : “Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Derdest Davalara Etkisi”, TBB Dergisi, 2021 (155), s.379-408; ÖZCAN Ü. İlker, “Sınırdış (Komşu) Parsel Malikine Tanınan Yasal Önalım Hakkının Düzenlendiği 5403 Sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin 2. Fıkrasını Yürürlükten Kaldıran 7255 sayılı Kanun’un 20’nci maddesinin Derdest Davalar Bakımından Uygulanmasına Dair Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, 2021, 16 (174), s. 264-274.

³⁷ Örnek niteliğinde <https://www.youtube.com/watch?v=QXj-7a8kZbc>.

³⁸ Örnek niteliğinde <https://www.facebook.com/369176250503707/posts/869485037139490>.

³⁹ Aynı yönde IŞIK – ÖZAY, s.381.

olsun, ister dava açılmamış olsun kazanılmış hak teşkil edip etmediğine ilişkindir.

2- Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/İ Maddesinin 2. Fıkrasının İptalinin Sonuçlarına İlişkin Görüşümüz

Baştan açıklamak gerekirse, bizim görüşümüz Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/İ maddesinin 2. fıkrasının yürürlükten kaldırılması ile derdest davaların tümü için derhal uygulanması gerektiğidir. Hükmün yürürlükten kaldırılması ile elde edilmek istenen sonuç kamu düzeni ile ilgilidir; ilgili düzenlemenin Türkiye genelinde, kamuda yarattığı olumsuz sonuçlara dayalı olarak ilgili fıkra yürürlükten kaldırılmıştır. Eş deyişle, yürürlüğü sırasında kamu düzeni bakımından sıkıntı yaratan maddenin uygulanmasına, kamu düzenini tekrar sağlayabilmek adına son verilmiştir. Elde edilmek istenen sonuç bu olduğuna göre, yürürlükten kaldırılmasının derdest uyuşmazlıklara uygulanmaması halinde bu sonucun elde edilebileceğini söylemek mümkün değildir. Değişikliğin mevcut dosyalara etki etmeksizin davaların devam ettirilmesi ya da yeni davaların açılmasına izin verilmesi bu amaçla bağdaşmaz. Bu nedenle görüşümüz, yürürlükten kaldırmanın sadece ileriye etkili sonuç doğurmadığı, hâlihazırda mevcut olan veya olması muhtemel tüm uyuşmazlıklara da derhal uygulanması gerektiğidir⁴⁰. Bu haliyle derdest davalarda konusuz kalma⁴¹ sonucu ile henüz kullanılmamış olan yenilik doğuran hakların da kendiliğinden sona ermesi söz konusu olmaktadır.

Öncelikle kanun koyucu, tarım arazilerinin yeterli büyüklüklere ulaşmasını sağlamak amacıyla bu düzenlemeyi getirmişse de, sınırlarını net bir biçimde çizememiş olduğundan, uygulamada, amacı dışında sonuçlar yaratmıştır. Sınırdaş maliklere tanınan önalım hakkı dolayısıyla uygulamada görülen mağduriyetlerin giderilmesi için bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁰ "Kanaatimizce, önalım hakkının kullanılması için dava açılmasının taşınmazın mülkiyetinin kazanılmasında yeterli olmaması ve önalım hakkına ilişkin inşâî hükmün geleceğe etkili olması sebebiyle 04.11.2020 tarihindeki derdest davalar bakımından derhal uygulama ilkesi esas alınmalıdır. Böylece dava açmış ancak anılan tarihte kesin hüküm elde edememiş sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin de önalım hakkından bahsedilemez." IŞIK – ÖZAY, s.384. Aksi görüş için bkz. ÖZCAN, s.272.

⁴¹ Konusuz kalma konusuna ilişkin tartışmalar ve sonuçlar için bkz. IŞIK – ÖZAY, s.386 vd.

Konuya ilişkin çıkan birçok haberde⁴² haklı olarak, yukarıda bizim de andığımız maddeden kaynaklı sorunlara ilişkin tespitler dile getirilmektedir. Bu haberlerin bazılarında, yasada tanınan önalım hakkının, sınırdas maliklere arazilere ucuzca alma konusunda bir “fırsat” yarattığı yönünde açıklamalar bulunduğu gibi⁴³, bazılarında da⁴⁴, Türkiye gerçeği olan satış bedellerinin düşük gösterilmesinden yararlanılması olgusu gündeme getirilmektedir. Maddenin yürürlükten kaldırılmasının sebepleri toplumda yaratılan huzursuzluk olup, hukukçu olmaya dahi gerek olmadan düzenlemenin yarattığı mağduriyetler fark edebilmektedir.

Yürürlükten kaldırılmasına ilişkin kanunun gerekçesinde de, yukarıdaki haberlerde yer alan ve bu platformlardakine çok benzeyen ifadeler kullanılmış; sınırdas maliklere tanınan önalım hakkının uygulamada kö-

⁴² “Meclis, iyi niyetle, tarım arazilerinin bölünmesini önlemeye ve mümkünse büyütülmesini sağlamayı hedeflemiştir. Ancak, uygulamada, beklenen yarar sağlanamamıştır. Komşu parsel sahipleri bu yasa, kötü niyetli olarak kullanarak satılan parsellerin ucuz şekilde el koyduğu bir yöntem haline gelmiştir. Önalım uygulamasının yürürlüğe girdiği ve yürürlükten kaldırıldığı dönemler arasında devam eden davalar nedeniyle büyük mağduriyetler oluşmuştur. İşin yarım kalan komşunun işi komşuları tarafından ortaklaşa yapılırken bu yasa ile komşu komşuya düşman olmuş, araya husumetler girmiştir, düşmanlıklar artmıştır. Nitekim, Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu yasanın toplum düzenini bozduğu, tarım arazilerinin ucuz yolla elde edilebileceği bir yöntem olarak kullanıldığının tespit edilmesi üzerine, 4 Kasım 2020 tarihli 7255 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde yaptığı düzenleme ile 5403 sayılı yasanın 8/i maddesinin 2. fıkrasını yürürlükten kaldırmıştır. Ancak kaldırılan yasa hükmüne göre 2014 yılından bu yana davası devam eden önalım davasından mağdur olan davalılar unutulmuştur. Zira devlet yasanın kötü niyetli olarak kullanılmasından dolayı verilen ön alım hakkını iptal etmiştir ancak davası devam edenler için mağduriyet devam etmektedir.”. Haberin tümü için bkz. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sinirdas-arazilerde-onalim-sorunu-nasil-cozulecek/618582>. Ayrıca mağdur olan kişilerin aynı gazeteye yazmış oldukları mesajlar için bkz. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sinirdas-arazi-magdulrari-ve-sufa-davaları/619340>.

⁴³ “Kanundaki bu hüküm nedeni ile çok sayıda mağduriyet yaşandığını da ifade eden (...) “Sınırdas arazi sahibinin ön alım hakkı aslında tarımsal bütünlüğün korunması amacıyla düzenlenmişti. Lakin bu verilen hak kötüye kullanılarak tarım arazilerinin gerçek değerinin altında elde edilebildiği bir usul olarak kullanılmaya başlandı. Netice olarak, sınırdas tarım arazileri için getirilen ön alım hakkı, beklenen faydadan daha çok çiftçilerin mağduriyetlerine de neden oldu. Son düzenleme ile sınırdas arazi sahibinin ön alım hakkını düzenleyen 5403 sayılı Kanununun 8/İ maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış oldu” dedi”. <https://finans.mynet.com/haber/detay/emlak/sinirdas-arazi-sahibinin-on-alim-hakki-kaldirildi/407558/>

⁴⁴ <https://www.tarimdanhaber.com/tarim/ciftcinin-sinirdas-tarimsal-arazileri-tehlike-binlerce-h15379.html>

tüye kullanıldığı gerekçesiyle, önalım hakkının kaldırıldığı belirtilmiştir⁴⁵. Maddede yer alan diğer önalım hakları durmakta, sadece, kötüye kullanılan sınırdaş maliklerin önalım hakkı kaldırılmaktadır. Sınırdaş maliklere tanınan önalım hakkının iptali için AYM'nde açılmış olan davada olumsuz sonuç alınmış ise de⁴⁶, kanun koyucu bizzat kanuni düzenlemenin sonuçlarının sakıncalarını görerek, uygulamada binlerce insanı mağdur etmiş olan uygulamaya nihayet bir son vermiştir.

a- Derdest davalar bakımından

Konuya ilişkin Konya BAM'da verilen kararda⁴⁷, derdest davalara da etkili olduğu sonucuna varılmıştır. Kararda kanunların geçmişe yürümemesi ilkesi, ancak bu genel nitelikteki kuralın istisnalarının da olduğu şu şekilde açıklanmaktadır:

“Eldeki dava henüz kesinleşmeden önce yürürlüğe giren 7255 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının somut olayda uygulama olanağının olup olmadığı öncelikle belirlenmesi gerekmektedir. 03/12/2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun; “Geçmişe etkili olmama kuralı” kenar başlıklı 1. maddesi uyarınca, Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada

⁴⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss221.pdf>.

⁴⁶ Her ne kadar AYM bu hükmü iptal etmemişse de, 25.06.1973'te kabul edilen, 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu md.123'de kiracılar ve ortakçılara tanınan önalım hakkı, 19.10.1976 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Ayrıca Yürürlükten kaldırılan hükmün her ne kadar Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davası reddedilmişse de, bu konuda kişisel görüşümüz ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu yönündedir. Anayasanın mülkiyet hakkını koruyan 35. maddesi çerçevesinde TMK m.683'te yer alan tasarruf yetkisi; Anayasanın 48. madde hükmü çerçevesinde TBK m.26. uyarınca sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü gereksiz bir hükümle kısıtlanmış olduğunu kabul etmekteyiz. Bu gerekçemizin temel nedeni taşınmaz mülkiyetinin 5403 sayılı Kanuna dayalı kısıtlamalarının yürürlüğe girmesinden önce yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne ulaşmamış bir arazi mevcut yüzölçümü ile hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan edinilmiş olan bir kişinin sonradan çıkan bir kanun hükmüyle anılan yönde kısıtlamaya tabi tutulması halinde, kazanılmış hakkın asıl olarak bu şekilde ihlal edildiğini savunmaktayız. Böyle bir yasanın kabulü halinde ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra edinilmiş arazilerde kısıtlama getiriyor olması hukuken doğru olmalıdır.

⁴⁷ Konya BAM, 4. HD, E.2021/356, K.2021/1418, T. 30.09.2021.

yürürlükte bulunan kanunlara göre belirlenir. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, Kanunda öngörülmüş ayrık durumlar saklı kalmak kaydıyla, Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır. Bu düzenlemeye göre, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa yönelik uygulamalarda derhal uygulama ilkesi benimsenmiş olup bu ilke, hukuk güvenliğinin daha genel anlamda hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Özel hukuk alanında ve özellikle medeni hukuk kurallarının uygulanmasında, kural olarak her kanun, eğer tersini öngören bir hüküm taşııyorsa, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir. 4722 sayılı Kanunla, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak amaçlandığı için, kendi bünyesinde farklı bir uygulama tarihi içermeyen bir kanunun kural olarak geriye yürümeyeceği (geçmişe etkili olamayacağı) esası kabul edilmiştir. Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnaları da vardır. 4722 sayılı Kanunun 2, 3 ve 4. maddelerinde bunlar sayılmış olup bu hallerin gerçekleşmesi durumunda kanunların geriye yürümesi söz konusu olabilecektir.”

İlgili hükmün yürürlükten kaldırılmasının nedeni, Kanun'un bizzat kendisi tarafından toplumda yaratılmış olan mağduriyet ve huzursuzluk olduğu açıktır. Bu bağlamda hem önalım hakkının getiriliş amacı hem de iptal amacının kamu düzenini ilgilendirdiği de aynı şekilde açıktır. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa ilişkin düzenlemelerin genelini kamu düzeni ile ilgili olduğu da tartışmasız bir husus olduğuna göre, önalım hakkının yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenlemenin geriye etkili olması gerektiği de o kadar tartışmasız olmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, Yürürlük Kanununun 2. maddesi uyarınca, “Türk Medenî Kanununun kamu düzeni ve genel ahlâkı bağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayrık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan, eski hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz”. İstisna nitelikte olmak üzere, kamu düzeni ile ilgili olan bir değişikliğin mevcut uyuşmazlıklara da uygulanması gerekir. Kanundaki önalım hakkının yürürlükten kaldırılmasının altında yatan gerekçenin, toplumda meydana getirdiği adaletsizlik ve huzursuzluk olduğu dikkate alındığında, ayrıca kanunun varlığının zaten kamu düzeni ile ilgili olduğu düşünülduğünde, söz konusu iptalin hükümlerinin mevcut tüm uyuşmazlıklar bakımından uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmak zorunlu olmaktadır.

Yürürlükten kaldırmanın sonuçlarının derdest davalara derhal uygulanması zorunludur. Aksi halde kanun maddesinin kaldırılması ile elde edilmek istenen sonuç elde edilmemiş olur. Maddenin kaldırılma gerekçesi, uygulamada mağduriyet yaratması, sınırdaş maliklerin böyle olmadığını bilmelerine rağmen, arazileri çok ucuz bedellere almalarına yol açması, mülkiyet hakkına haksız bir müdahale sonucu yaratması ve toplumda huzursuzluk sebebi olması düşünüldüğünde iptalin sadece ileri etkili olarak uygulanmasının mevcut sorunlara çözüm olamayacağını izah etmeye gerek yoktur.

Açıklanan nedenlerle, söz konusu maddenin iptali kesinleşmemiş olan tüm davalar bakımından sonuca sahip olmalı ve bu davalar, hangi aşamada olursa olsun, hakkın sona ermiş olması nedeniyle konusuz kaldığı kabul edilmelidir. Elbette, yürürlükten kaldırma (04.11.2020) tarihinden önce kesinleşmiş olan mahkeme kararlarına yapılabilecek bir şey bulunmamaktadır. Bunlar da artık kanundan doğan bir kısıtlamanın varlığı ya da sona erip ermediğinin tartışılması söz konusu değildir; bunlarda mülkiyet artık kesin olarak bir kişiye ait olarak tespit edilmiştir. Kanundan doğan bir yenilik doğuran hakkın ya da yine kanundan doğan nisbi bir alacak hakkının hâlâ var olup olmadığı tartışılmayacağı bir durum söz konusudur.

Yukarıda açıklandığı üzere, TMK m.734'e dayalı açılan dava, TMK m.716 temelli kişisel bir hakka dayalı olup, temelinde nisbi bir alacak hakkı barındırmaktadır. Bu alacak hakkının borcun kaynakları başlığı altında kanundan doğan türden olduğunu biliyoruz. Temelinde bir hak olarak yenilik doğurucu hak bahşeden kanundan doğan bu alacak hakkının kazanılmış (müktesep) hak olarak nitelendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Çünkü kazanılmış hakka vücut veren olay, adli yargıda görülecek yargılama sonucu mahkemenin TMK m.705/II hükmünce davacı lehine tescilsiz edinme sonucu doğuran "mahkeme ilamı"dır. Öncesinde yenilik doğuran hakkın kullanılmasına vücut veren olay, tarım arazisinin satışı veya ekonomik bakımdan eşdeğer karşılığa konu bir sözleşmenin doğumudur. Ancak bu satışla birlikte sınırdaş malik lehine kazanılmış bir hakkın doğumundan bahsedilemez. TMK m.716 hükmüne dayalı davaların HMK uyarınca bir eda davası değil de, tespit davası olduğundan söz ediyor olsaydık, kazanılmış hakkın varlığı ileri sürülebilir olacaktı. Oysaki TMK m.716'ya dayalı tescil isteme hakkına dayalı dava bir eda davası olup, davalının temerrüdüne dayalı olarak (TBK m.117 vd.) davacının aynen ifade ısrarı sonucu, uyuşmazlığın yargılamayı gerektiriyor olması

karşısında kesinleşecek bir mahkeme ilamına kadar hiçbir şekilde kazanılmış haktan bahsedilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Konya Bölge Adliye Mahkemesinin 4. Hukuk dairesinin 2020/1382 E. – 2020-1754 K. Konya Bölge Adliye Mahkemesinin 4. Hukuk dairesinin 2020/1382 E. – 2020-1754 K. Sayılı verdiği kararda da derdest davalar bakımından değişikliğin uygulanması gerektiği sonucuna vardığı görülmektedir : *“İlk derece mahkemesince, anılan Kanun maddesi uyarınca, davanın esası hakkında inceleme yapılarak, davanın kabulüne dair verilen karara karşı, davalı vekili tarafından yapılan istinaf başvurusu üzerine, dosyanın henüz kesinleşmediği ve istinaf aşamasında bulunduğu sırada, 04.11.2020 tarihinde yürürlüğe giren ...7255 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile sınırdış arazi maliklerine önalım hakkı tanıyan ve davanın dayanağı olan 5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin 2. fıkrası iptal edilmiştir. Davanın dayanağı olan kanun maddesinin, davadan sonra ancak işbu dava kesinleşmeden önce başka bir kanun maddesi ile iptal edilmesi nedeniyle artık davalının esasa ilişkin istinaf itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiş ve işin esası hakkında değerlendirme yapan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, 6100 sayılı HMK’nin 353/1-b-2 maddesi uyarınca, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 8/İ maddesinde düzenlenen önalım hakkının yasa koyucu tarafından ortadan kaldırılması nedeniyle davanın reddine karar vermek gerekmiştir.”*

Kararda yer alan gerekçelerin ya da ifadelerin tümüne katılmakla birlikte, verilen kararın bizim savunduğumuz görüşü temel alması nedeniyle, yani maddi hukuk bakımından sonucu itibariyle uygun olduğunu düşünmekteyiz. Aksi yönde kararların ve görüşlerin var olması nedeniyle, daha da mağduriyet yaratmadan bir müdahale yapılmasının uygun olabileceğini de düşünmekteyiz.

Söz konusu değişikliğe ilişkin olarak, kamu yararı ve kazanılmış hak konuları tartışılmaksızın, sonuçlarının ileriye etkili olduğunu söylemek ve salt *“kanunlar ileriye etkili uygulanır”* şeklinde klişe cümle ile gerekçelendirmek, kanımızca çok sığ bir bakış açısıdır. Bu kapsamda örnek olarak vermek gerekirse, *“(…) YHGK, 2008/13-160 E.-2008/147 K. ve 2010/402 E.- 2010/442 K. sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere ‘kanunların geriye yürümezliği ilkesi’ uyarınca kanunlar kural olarak yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanırlar. Önalım hakkı, satış sözleşmesi ile kullanılabilir hale geldiğinden satış tarihinde yürürlükte olan kanunun uygulanması gerekir. 5403 sayılı kanunun 8/i maddesinin 2.fıkrası, 04.Kasım 2020 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7255 sayılı kanun 20. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.7255 sayılı kanunun 31. maddesinde*

açıkça kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmektedir. Dava konusu taşınmaza ilişkin satış sözleşmeleri 7255 sayılı kanunun yürürlük tarihinden önce, 22.07.2020 tarihinde yapılmıştır. Bu durumda satış tarihinde yürürlükte olan 5403 sayılı kanunun 8/i/2 maddesine göre değerlendirme yapılması gerektiğinden mahkemece yazılı gerekçeyle ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmesi usulsüzdür."⁴⁸. Eğer hukuk düz mantık çerçevesinde lafzi yorumlara dayalı uygulanır bir şey olsaydı, üzerinde bu kadar tartışma olmazdı.

Yargıtay 14. HD⁴⁹ de başka hiçbir gerekçe göstermeden, aynı gerekçe ile iptali geriye uygulamayacağını kabul etmektedir. Buna göre, "Önalım hakkı dava açılarak kullanıldıktan sonra 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının ve bu hükümle komşu tarımsal arazi malikine tanınan önalım hakkının kaldırılması geçmişe etkili olamayacağından davalının temyiz talepleri kabul edilmemiş; davanın kabulüne dair verilen hüküm usul ve yasaya uygun bulunarak onanmıştır. Kanun değişikliği geçmişe etkili olamayacağından karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir."

Kamu hukuku kaynaklı bir düzenleme kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılmış, ancak Yargıtay, anılan kararında kamu düzenine ilişkin olmasıyla bağlantılı herhangi bir cümle sarf etmemiştir. Aksi görüşe, yani yürürlükten kaldırmanın geriye etkili olmadığı sonucuna varılacaksa bile, kamu düzeniyle ilgili olan boyut gerekçelendirilmeden bu sonuca ulaşılması kanımızca uygun değildir. Aksi görüşte olunacaksa, bu konu netleştirilmeli ve önalım hakkının iptalinin niye kamu düzeni ile ilgili olmadığı gerekçelendirilmelidir. Kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı bu konuya ilişkin olarak, kanunların geçmişe etkili olmayacağı cümlesi, tek başına gerekçe olmaktan uzaktır. Kamu hukukundan kaynaklanan bir taşınmaz mülkiyeti kısıtlamasının, yine kamu hukukuna dayalı gerekçeler gösterilmek suretiyle yürürlükten kaldırılması sonrasında, sadece 'kanunların geriye yürümezliği ilkesi'nin gerekçe gösterilmesi doğru bir çözüm olarak kabul edilmemelidir.

b- Henüz kullanılmamış haklar bakımından

Görüşümüz, yukarıda açıklandığı üzere, değişikliğin hem yenilik doğuran hakkın kullanıldığı ve devam eden, ancak henüz kesinleşmemiş derdest davalar bakımından uygulanması gerektiği yönünde olduğu gibi; değişiklik tarihi olan 04.11.2020'den önce doğmuş olup, henüz dava yo-

⁴⁸ Antalya BAM 5. Hukuk Dairesi'nin 2021/276 Esas 2021/226 Kararı.

⁴⁹ Yargıtay 14. HD, 25.11.2020 T. 2020/1387 E. 2020/7766 K.

luyla kullanılmamış haklar bakımından da evleviyetle uygulanması gerektiğidir. 04.11.2020 tarihine kadar tapuda satış veya ekonomik olarak satışa eşdeğer bir işleme dayalı olarak üçüncü kişilere devredilmiş bir tarım arazisine ilişkin kanundan doğan bir önalım hakkı mevcuttu. Ancak bu tarihten sonra, maddi değeri olan yenilik doğuran hak niteliğindeki bu hakkın sınırdış maliklerin aktifinde mevcut olduğunu söylemek kanımızca mümkün değildir. Bu nedenle derdest (mevcut) olmayan, ancak daha önceden önalım hakkı doğduğu iddiası ile açılabilir olan tüm davalar, hakkın yokluğu gerekçesiyle baştan reddedilmelidir.

Bir hocamızın her zaman söylediği üzere “*Adalet arkasında alaycı (müstehzi) bir gülüş bırakmamalıdır*”. Yürürlükteki davaların devam ettirilmesi tam da bu tarz bir gülüş yaratacak bir durumdur: Bu davaların davacılarının başkalarına, “*son şanslı kişilerden biri de bendim*” şeklinde bir cümle kurarak, iptal edilen düzenlemenin yarattığı durumla alay etmesi çok da şaşırılacak bir sonuç olmayacaktır. “*Son şanslı kişilerden biri de bendim*” cümlesinin, iptalden sonra kimse tarafından kullanılmamasına ilişkin görev kanun koyucu tarafından yerine getirilmediğinde, artık Yargı’ya kalmaktadır.

Bir an için aksini düşündüğümüzde, en son 03.11.2020 tarihinde yapılan bir tarım arazisinin satışına ilişkin olarak, 03.11.2022 tarihine kadar önalım hakkının var olduğu kabul edilecek; noterden bir bildirim olmadığı sürece 03.11.2022 tarihine kadar açılacak olan davalar kabul edilerek, bu davaların görülmesine devam edilmesi gerekecektir. Bu görüşün kabulü varsayımında 04.11.2022 tarihine kadar açılacak tüm önalım davalarının kabulü ile, sınırdış maliklere, hukuka aykırı bir şekilde diğer hak sahiplerini mağdur ederek, tarım arazilerinin mülkiyetini kazandırmaya devam edilecektir. Bizim kanaatimiz, kanundaki değişikliğin ve gerekçelerinin bu sonuçla asla bağdaşmadığıdır. Bu nedenle bu davaların, hakkın yokluğu nedeniyle itiraz niteliğinde olmak üzere, hâkim tarafından re’sen dikkate alınarak reddedilmesi zorunludur.

Bu davalar reddedilmeyerek devam ediliyorsa da, yukarıda açıklandığı üzere, kamu düzenine ilişkin bu iptalin neden bu davalar bakımından uygulanmadığının da çok sağlam temellerle gerekçelendirilmesi gerekir. Aksi takdirde, kanun koyucunun 2014 yılında yarattığı, ancak 2020 yılında fark ettiği mağduriyet, bu sefer Yargı tarafından 2022 yılının sonuna kadar devam ettirilmiş olacaktır.

SONUÇ

2005 yılında yürürlüğe giren “5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu”nda 2014 yılında yapılan değişiklikle, kanunun amacını gerçekleştirmek amacıyla sınırdaş maliklere de önalım hakkı tanınmıştır. Ancak uygulamada önalım hakkının yarattığı sorunlara dayalı olarak 04.11.2020 tarihinde Kanun’da yine değişiklik yapılmış; bu bağlamda sınırdaş maliklerin, kamuda huzursuzluk yaratan düzenlemelerinden biri olan m.8İ/II ile sınırdaş maliklere tanınmış olan önalım hakkına ilişkin ilgili fıkra yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu değişiklik özel hukuk alanında kanundaki değişikliklerin ya da yasal düzenlemelerin iptallerinin geçmişe etkili olmaması kuralı çerçevesinde bir tartışma yaratmıştır. Söz konusu değişikliğin, derdest davalara etkisinin ne olacağı ve 04.11.2020 tarihine kadar yapılmış olan devirlere dayalı doğan önalım haklarının sona erip ermeyeceği konuları hem doktrini hem de uygulamayı ikiye bölmüştür.

Bir görüş kanunların geriye yürümemesi ilkesini sınırdaş maliklerin önalım hakları bakımından da uygulanmasını savunmaktadır. Bu görüşe göre, 04.11.2020 tarihinden önce açılmış olan davalara devam edilmesi ve karar verilmesi gerekir; ayrıca bu ana kadar akdedilmiş olan satış sözleşmelerinden doğan önalım hakları da hala kullanılabilir. Her ikisi bakımından da kazanılmış hak söz konusu olup, fıkranın yürürlükten kaldırılması doğmuş olan önalım haklarına ve devam eden dosyalara etki etmez.

Diğer görüş ise, özel hukuk bakımından kanunların geriye yürümeceği konusundaki temel kuralı kabul etmekle birlikte, bu kuralın istisnalarının da mevcut olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini dile getirmektedir. Bu görüşe göre, sınırdaş maliklere tanınan önalım hakkının geri alınması kamuda yarattığı sorunlar ve huzursuzluk nedeniyle olmuştur. Bu nedenle, esasen bu değişikliğin kamu düzeninin sağlanması amaçlı olarak yapıldığı unutulmamalıdır. Bizim kanaatimiz de, hükmün yürürlükten kaldırılması, mevcut dosyaların tümüne etkilidir; derhal tüm dosyalar bakımından önalım hakkının yokluğu tespiti yapılması gerekir. Derdest davalarda önalım hakkının kanun gereği sona ermesine bağlı olarak davanın konusuz kalması gündeme gelir.

Ayrıca 04.11.2020 öncesinde yapılan satış sözleşmesine dayalı olarak doğmuş, ancak henüz dava açılmamış önalım haklarının da sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir. Aksi görüşün kabulü halinde, uygula-

mada huzursuzluk ve mağduriyet yarattığı için yürürlükten kaldırılmasına, bunun da gerekçede açıkça belirtilmesine rağmen kanun koyucunun iradesine ve kamunun rahatsızlığına rağmen maddenin hala yürürlükteymişçesine sonuçlarının varlığını kabul etmek kanımızca doğru olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale**, Türk Eşya Hukuku İkinci Kitap: Mülkiyet, B.2, Ankara 1973.
- AKSU KAYACAN, Simge**, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda Düzenlenen Önalım Hakkının Kullanılması”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.529-598.
- ANTALYA, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1, B. 2, Ankara 2019.
- AYDOĞDU, Murat**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013.
- BİLGİN YÜCE, Melek**, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Getirilen Kanunî Kısıtlamalar”, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.10, C.10, S.2 (Temmuz 2011), s.105-152.
- CANARSLAN, Gökçe**, “Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerinin Önalım Hakkı”, AndHD, C.6, S.1 (Ocak 2020), s.1-18.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut**, Miras Hukuku, B.17, İstanbul 2021.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 26, Ankara 2021.
- EREN, Fikret**, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD. C.XII, S.1-2, Y.2008, s.106-126.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necip**, Şuf’a Hakkı, İstanbul 1959.
- GÜRSOY, K.Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol**, Türk Eşya Hukuku, B.2, Ankara 1984.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HELVACI, İlhan**, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri, (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216, fıkra 2, fıkra 3, madde 216a216e)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s.397-417.
- IŞIK, Melih/ÖZAY, O. Levent**, “Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Derdest Davalara Etkisi”, TBB Dergisi, 2021 (155), s.379-408.
- KİZİR, Mahmut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, II.Cilt, Y.2016, C.22, S.3, s.1776-1796.

- MEIER-HAYOZ, Arthur**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Art. 680 – 701 ZGB, Bern 1975.
- NEBİOĞLU, A. Nabi**, Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı ve Kısıtlamaları, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, https://tez.yok.gov.tr/Ulusal-TezMerkezi/tezDetay.jsp?id=reBUNmTNvfmk-doPkNxlrbQ&no=nirIS_c-MJIQ49skSFk7HQ (erişim:10.02.2022).
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Eşya Hukuku, B.23, İstanbul 2021.
- ÖRÜCÜ, Esin**, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı – Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976.
- ÖZCAN, Ü. İlker**, “Sınırdış (Komşu) Parsel Malikine Tanınan Yasal Önalım Hakkının Düzenlendiği 5403 Sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin 2. Fıkrasını Yürürlükten Kaldıran 7255 sayılı Kanun’un 20’nci maddesinin Derdest Davalar Bakımından Uygulanmasına Dair Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, 2021, 16 (174), s. 264-274.
- ÖZÇELİK, Barış**, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 87-110.
- ÖZMEN, E. Sabâ/ÇELİK, Gönül**, “Tarım Arazilerinde Yapı İnşa Etme ve Özellikle İkamet Amaçlı Yapılara İlişkin Sorunlar”, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.6, Y. 2009, s.3039-3062.
- SİRMEN, Lale**, Eşya Hukuku, Ankara 2020.
- ŞAHİN, Turan**, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2 (Aralık 2018), s.906-930.
- ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye**, “6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı C. II/ VIII, S. 2, Y. 2016, s. 69-94.
- ŞIPKA, Şükran**, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK.m.659), İstanbul 1994.

- TOPUZ, Murat**, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara 2020.
- TUOR, Peter/SCHMID, Jörg/SCHNYDER, Bernhard/RUMO-JUNGO, Alexandra**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009.
- von FISCHER LEHMANN, Marie**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016.
- WIELING, H. Josef**, Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin Heidelberg 2007.
- YAVUZ, Cevdet/AÇIKGÖZ, Osman**, "Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi", Cemal Şanlı'ya Armağan, Public and Private International Law Bulletin, 40(2), s.893-915.
- YAVUZ, Cevdet/TOPUZ, Murat**, "Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 21/2 (Ocak 2016): 663-700.



ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI ARACILIĞIYLA KURULAN GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE ARALARINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

Ayşenur Zeynep ÖZMEN*

Öz

Üst bir kavram olan geçici iş ilişkisinin bir alt türü, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisidir. Bu türde bir iş ilişkisi, Türk hukukunda ilk kez 6715 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılan 4857 Sayılı İş Kanununda düzenlenmiştir. Söz konusu geçici iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumu tarafından kendisine faaliyette bulunması için izin verilen Özel İstihdam Büroları aracılığıyla kurulmaktadır. Niteliği itibarıyla üçlü bir hukuki ilişki doğuran meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin tarafları özel istihdam bürosu, büroya iş sözleşmesiyle bağlı işçi ve bürodan iş gücü temini talep eden geçici işçi çalıştıran işverendir. Çalışmada meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin taraflarını oluşturan özel istihdam bürosu, geçici işçi çalıştıran işveren ve büro tarafından bu işverene temin edilen işçi arasındaki hukuki ilişkiler açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Geçici İş İlişkisi • Taraflar • Geçici İşçi • Geçici İşveren • Özel İstihdam Bürosu

* Avukat, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara, Türkiye | Attorney at Law, Ankara University Graduate School of Social Sciences, Student in Private Law (M.A.), Ankara, Turkey.

✉ av.zeynepozmen@gmail.com • ORCID 0000-0001-7609-8487

📖 **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZMEN Ayşenur Zeynep, "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Geçici İş İlişkisinin Tarafları ve Aralarındaki Hukuki İlişkiler", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 823-857.

📖 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE PARTIES IN TEMPORARY AGENCY WORK AND LEGAL RELATIONS AMONG THEM

Abstract

A subtype of temporary work relations, which is a parent concept, is the temporary agency work relation. This type of work relationship was first regulated in Turkish Law in the Labour Law No. 4857, which was amended with the Law No. 6715. This temporary agency work relation is established through the private agencies, which are allowed to operate by the Turkish Work Authority. The parties of the temporary agency work, which in its nature constitutes a trilateral legal relationship, are the agency, the temporary employee, and the temporary employer. In the study, the legal relations among the parties of temporary agency work relation, are explained.

Key Words

Temporary Agency Work • Parties • Temporary Employee • Temporary Employer • Agency

GİRİŞ

İngiltere’de başlayarak önce Kuzey Avrupa’ya ardından zamanla tüm dünyaya yayılan Sanayi Devrimi, ülkelerin ekonomilerini değiştirdiği kadar üretim yapısında da global değişikliklere neden olmuştur. Devrim sonrası gelişen teknoloji fabrikasyonu artırmış, önceden küçük atölyelerde ve esnaf işletmelerinde, ev işi kapsamında yürütülen işler endüstri organizasyonu kapsamına girmiştir. Özellikle 1970’lerden sonra yinelenen ekonomik krizler ve değişen personel yönetimi yaklaşımı; mal ve hizmet üretiminde küresel değişikliklere yol açmış, iş organizasyonları ve insan kaynaklarına dair efektif ve modern düzenlemelere başvurulmasına sebep olmuştur.¹ Mal ve hizmet üretim tekniklerinin farklılaşmasıyla birlikte yeni istihdam türleri oluşmaya başlamıştır. Geçici iş ilişkisi kurma, bu yeni istihdam biçimlerinden biridir ve özellikle son yarım asırdır pek çok ülkede yüksek bir ivmeyle artmaktadır.² İşverenlerin dışarıdan hizmet almaya ihtiyaç duyduğu takdirde başvurabilecek-

¹ AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 167.

² MITLACHER, Lars, “The Role of Temporary Agency Work in Different Industrial Relations Systems – a Comparison between Germany and the USA”, British Journal of Industrial Relations, 45:3 Eylül 2007, s. 581.

ği bir yol³ olan geçici iş ilişkisi, ihtiyaç duyduğu bu işgücünü dış kaynaklardan ödünç almak suretiyle sağlaması anlamına gelmektedir. İşgücünü ödünç veren işveren bakımından ise, kendisine iş akdiyle bağlı olan işçisini, iş görme edimini gerçekleştirmek üzere öteki bir işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışmaya vermesiyle kurulan bir iş ilişkisi olarak tanımlanabilir.⁴

İş sözleşmelerine egemen olan bir ilke, sözleşmenin nispiyeti ilkesidir. Bu ilke uyarınca iş sözleşmesi, sözleşmeye taraf olanlar arasında bir hukuki ilişki kurar.⁵ Bu bağlamda iş akdiyle belirlenen iş, bu akdin tarafı olan işverene ait işyerinde yürütülür. Öte yandan bu kurallar katı bir şekilde emredilmemiş olup, çeşitli istisnaları haizdir.

İşçinin iş görme borcunu iş sözleşmesinin tarafı olan işverene değil de başka bir işverene ifa etmesiyle sözleşmenin nispiyeti ilkesinin istisnasını oluşturan geçici iş ilişkisi, 4857 Sayılı İş Kanunu 7'nci maddesinde düzenlenmiştir. Öğretide “ödünç iş ilişkisi” olarak da ifade edilen kavram, Kanunun hazırlanma sürecinde de aynı şekilde kullanılmıştı. Ancak daha sonra isabetli olarak, işçinin meta olarak görüleceği endişesiyle “geçici iş ilişkisi” tabirine yer verildi.⁶ Anılan hükme göre geçici iş ilişki-

³ EKMEKÇİ, Ömer/ YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, 2020, s. 170.

⁴ BASKAN, Esra, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, GÜHFD, Cilt: 21, Sayı: 2, 2017, s. 4.

⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2020, s. 135.

⁶ EKMEKÇİ, Ömer, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:2, 2004, s. 368; AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya, “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyeye Devri: Ödünç İş İlişkisi”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Ocak 1999, s. 131; Aksi yönde görüş için bkz. HEKİMLER, Alpay, “Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulacak Geçici İş İlişkileri Kapsamında İşçilerin Sendikal Örgütlenme Hakkı Üzerine”, İSGHD, Cilt: 14, Sayı: 53, 2017, s. 61: “Ödünç çalışma olarak tanımlanan, ancak bizim hukuk sistemimize kanaatimizce isabetsiz bir biçimde “geçici iş ilişki” olarak tanımlanmış olan istihdam modeli de bu dönemde çalışma hayatımıza kazandırılmıştır. Çalışma hayatının asıl aktörleri olan, işçi ve işverenler büyük ölçüde günümüzde halen, geçici iş ilişkisi kavramını, doğru bir biçimde tanımlayamamaktadırlar. Bu çalışma biçimi daha çok, kısa süreli veya belirli süreli bir iş ilişkisi olarak algılanmaktadır. Yaptığımız gözlemler, bu gerçeğin halen, büyük ve belirli ölçüde orta ölçekteki işletmeler bir tarafa bırakıldığında gerek işverenler gerekse işçiler bağlamında varlığını sürdürmekte olduğunu göstermektedir. Oysa yasa koyucu

si, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir (m. 7/1). Geçici iş ilişkisinin hangi yollarla kurulabildiğini bir üst kavram olarak⁷ öngören hüküm, esasen bu ilişkiyi iki türe ayırmıştır.

İşbu çalışmanın asıl konusunu oluşturan, geçici iş ilişkisinin bir türü meslek edinilmiş (profesyonel, mesleki amaçlı)⁸ geçici iş ilişkisidir. Meslek edinilmiş ve meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisindeki ayrımın temel noktası, işverenin işçisini istihdam etme amacıdır. Şayet işveren işçiyi kendi bünyesinde çalışmak üzere işe almış, istisnai olarak bir geçici iş ilişkisi kurmuş ise meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinden bahsedilecektir.⁹ Bununla beraber işverenin işçiyi istihdam etme gayesi geçici iş ilişkileri kurmak ise artık burada meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi müessesesinin varlığı söz konusudur.¹⁰

I. YASAL DAYANAK

Geçici iş ilişkisi, genel olarak mevzuatımızda düzenlenmeden önce de uygulamada görülmekteydi.¹¹ Çeşitli kuruluşlar, danışmanlık hizmetleri veya alt işverenlik adı altında talep eden işverenlere işgücü kiralamak suretiyle gelir elde etmekteydi.¹² Yargıtay da alt işverenlik adı altında iş gücü temini amacıyla yapılan sözleşmelerin muvazaalı olduğu ve temin edilen işçinin tek işverenin iş gücü talep eden işveren olduğu yönünde kararlar vermiştir:

“Sözü edilen sözleşme ile dava dışı şirkete yaptırılan işin davalı şirketin asli işi olduğu açıktır. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olduğu da ispatlanmış değildir. İş sözleşmesinin davalı şirket

bir değişikliğe giderken, modelin tam karşılığı olan biçimi ile ödünç çalışma olarak değiştirilmiş olsaydı, çok daha isabetli bir karar almış olacaktı.”

⁷ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2020, s. 281.

⁸ SÜZEK, s. 280.

⁹ BASKAN, s. 4.

¹⁰ ÖKTEM SONGU, Sezgi/ ŞAHİN EMİR, Asiye, “Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi Kapsamında Çalışan İşçiler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 43, 2020, s. 236.

¹¹ AKINTÜRK TÜRKMEN, s. 131.

¹² TAŞKENT, Savaş/ KURT, Dilek, “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, Kamu-İş Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2013, s. 1.

tarafından feshedilmiş olduğu da dikkate alındığında davalı şirket ile dava dışı D. F. A. ve Taşeronluk Hizm.Ltd.Şti.arasında yapılan sözleşmenin geçersiz olduğu ve aralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığı kabul edilmelidir. Böyle olunca, davacının tek ve gerçek işvereni davalı şirket olup, davacının sigorta kayıtlarında dava dışı firmanın işçisi gibi gösterilmesinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilmelidir.”¹³

Özel istihdam büroları vasıtasıyla kurulan, ya da öğretilde kabul edildiği şekliyle meslek edinilmiş, geçici iş ilişkisi, yakın zamana kadar mevzuatımızda yer almıyordu. Bir başka ifadeyle, İş Kanunu’nda yalnızca meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi düzenlenmişti. Her ne kadar meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi düzenlenirken tasarımı hazırlayan bilim komisyonu meslek edinilmiş geçici iş ilişkisini gündeme getirmiş olsa da o dönem sendikaların talepleri doğrultusunda yasa kapsamına alınmamıştı.¹⁴

06.05.2016 tarihinde kabul edilen ve 20.05.2016 tarihli ve 29717 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6715 Sayılı “İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, mevzuatımızda yerini almıştır. İş Kanunu’nda yapılan değişikliğin ardından, 11.10.2016 tarihli ve 29854 sayılı Resmî Gazete’de Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği yayımlanmıştır.

Geçici iş ilişkisine ilişkin düzenleme İş Kanunu’nda yer aldığından, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre kurulan iş ve hizmet sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Doktrinde bu durum eleştirilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre geçici iş ilişkisinin diğer Kanunlar bakımından da geçerli olmasına ilişkin bir hükmün eklenmesi¹⁵ daha isabetli olurdu.

¹³ Y9HD, 12.02.2007, 32217/3258, Lexpera İçtihat Arama Motoru, (www.lexpera.com.tr, Son Erişim Tarihi: 16.10.2021), Aynı yönde Y7HD, 07.03.2013, 2572/2349; Y22HD, 23.02.2013, 28980/435.

¹⁴ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2019, s. 112.

¹⁵ SÜZEK, s. 283; BASKAN, s. 10.

Öğretide sunulan bir diğer öneri de konunun Alman hukukunda olduğu gibi ayrı bir kanun ile düzenlenmesi şeklindedir.¹⁶

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine dair yasal düzenlemelerimiz, büyük ölçüde Avrupa Birliğinin 2008/104/EC sayılı Direktifi ışığında hazırlanmıştır.¹⁷ Direktifin temel koruyucu ilkesi, geçici işçilerin, ücret ve çalışma süresi bakımından geçici işverenin doğrudan işe aldığı işçilerle eşit muamele görebilmesine ilişkindir.¹⁸

Geçici iş ilişkisinin özel istihdam büroları aracılığıyla kurulmasına imkân tanıyan değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. İptal talebine gerekçe olarak işçilerin kiralanmasının sosyal devlet ilkeleriyle ve sözleşme özgürlüğü ile çeliştiği, bu koşullarda çalışacak işçilerin daha kötü koşullarda çalışacağı, toplu iş sözleşmesi ve grev gibi sendikal hakları kullanılamaz hale getireceği gibi hususlar sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, iptal taleplerinin reddine karar vermiştir.¹⁹

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, aşağıda detaylıca açıklandığı üzere özel istihdam büroları aracılığı ile kurulur. Özel istihdam bürolarının faaliyetleri mal ve hizmet üretimine ilişkin değil, iş akdi kurduğu işçilerin iş görme edimlerini, geçici işçi sağlama sözleşmeleriyle başka işverenlere vermek üzerinedir.²⁰ Bu ilişki, özellikle piyasa ekonomilerinde işsizliğe karşı bir çare olarak görülmektedir.²¹ Zira teknolojinin ge-

¹⁶ ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Baskı, İstanbul, 2020, s. 243.

¹⁷ Avrupa Birliği 2008/104/EC Sayılı Direktifi İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0104&from=EN>, (Son Erişim Tarihi: 16.10.2021).

¹⁸ DAVIES, Anne, "The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work in the UK: A Missed Opportunity", European Labour Law Journal, Cilt: 1, Sayı:3, 2010, s. 308; Detaylı bilgi için bkz. HORTON, Rachel/ COUNTOURIS, Nicola, "The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?", ILJ, Cilt: 38, Sayı: 3, Eylül 2009, s. 329.

¹⁹ AYM, 28.02.2018, 2016/141 E., 2018/27 K., Lexpera İçtihat Arama Motoru, (www.lexpera.com.tr, Son Erişim Tarihi: 16.10.2021); Detaylı bilgi için bkz. EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 171 vd.; YİĞİT, Esra, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, İstanbul, 2019, s. 89 vd.

²⁰ BASKAN, s. 6; SÜZEK, s. 281.

²¹ CİVAN, Orhan Ersun, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", AÜHFD, Cilt: 66, Sayı:2, 2017, s. 314.

lišmesiyle birlikte tüketici taleplerindeki değişim, küreselleşme kaynaklı rekabet artışı, hizmet sektörünün tüm sektörler içinde payının giderek önem kazanması gibi realiteler; çalışma hayatında esnekliğin bir ihtiyaç haline gelmesine neden olmuştur. İstihdam büroları aracılığı ile işletmeler daha esnek bir yapıda organize olabilmekte, tüketici taleplerine daha hızlı yanıt verebilmektedir.²² Bunların yanında, özel istihdam bürosu çalışanlarının daha verimli olduğu söylenebilir. Zira işverenlerin bekleği nitelikte işçileri sunmak, büroların orta ve uzun vadeli başarısı için çok önemlidir.²³ Bu nedenle titiz davranmaktadırlar.

Özel istihdam büroları aracılığı ile işgücü kiralayan işverenler, doğrudan işe alma ve işten çıkarma prosedürlerindeki maliyetlerden yüksek miktarda kurtulmaktadır. Başka bir ifadeyle işçi yerleştirme başına harcamalar azalmaktadır. Zira çalışanların niteliklerini saptamak ve işe almak, büroların sorumluluğundadır.²⁴ Ayrıca işverenler, özel istihdam bürosu işçilerinin performanslarını kalıcı bir iş sözleşmesi imzalamadıklarından ötürü daha rahat değerlendirme imkânına sahiptir.²⁵

Özel istihdam bürosu aracılığı ile sağlanan geçici iş ilişkisi, Almanya'da 1972 tarihli AÜG²⁶ ile yasallık kazanmış ve günümüze değin çokça başvuru alan bir müessese halini almıştır. Zira Alman istihdam ajanslarının işçileri, katı kurallarla korunmaktadır. Söz gelimi, "müşteri" olarak adlandırılan geçici işverenin, ajans işçisini nesnel gerekçeler sunmaksızın işten uzaklaştırmaya hakkı yoktur. Katı işten çıkarma kuralları, uzun ihbar süreleriyle birleşince usul uzamakta, bu da Almanya'da geçici iş ilişkisinin tercih edilirliliğini artırmaktadır.²⁷

Sayılan avantajların yanında meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında özel istihdam bürolarının işçileri, kimi zaman çeşitli mağduriyetler yaşayabilmektedir. Özellikle Türk hukukunda uzlaşılammamış;

²² KRÜGER, Laura, "Temporary Agency Workers 'Temporarily': A European and German Interpretation of the Notion 'Temporarily'", *European Labour Law Journal*, Cilt: 7, Sayı: 4, s. 577.

²³ MITLACHER, s. 587.

²⁴ DAVIES, Anne, *Employment Law*, Harlow, 2015, s. 126-127.

²⁵ MITLACHER, s. 587-588.

²⁶ Ödünç Çalışma Kanunu, Alm. *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*.

²⁷ KREMP, Pascal/ BASFELD, Till, "Chapter 5: Agency Workers", *Key Aspects of German Employment and Labor Law*, s. 57.

işçinin çalıştırılmadığı sürece ücrete hak kazanıp kazanamayacağı, eşit işlem ilkesinin kapsamına ücretin dâhil edilip edilmeyeceği gibi hususlar, bu iş ilişkisinin yasal sınırlarının titizlikle belirlenmesini gerekli kılmıştır. Keza işverenlerin daimî işçi almaktan kaçınmaları, geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin çeşitli sendikal haklardan yararlanamamaları, toplu iş sözleşmelerinde yaşanan aksaklıklar da bu mağduriyetlerin farklı kollarını oluşturmaktadır.²⁸

II. TARAFLAR

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisi, İş Kanunu 7'nci maddede aranan şartlar çerçevesinde, adı geçtiği üzere özel istihdam bürosu, bu büroya iş sözleşmesiyle bağlı işçi ve söz konusu işçinin iş gücüne ihtiyaç duyan bir başka işveren arasında kurulan üçlü bir hukuki ilişkidir. Başka bir ifadeyle meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde üç farklı hukuki bağ ve bunun sonucu olarak üç ayrı özne bulunmaktadır.²⁹ Taraflar Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nde "özel istihdam bürosu", "geçici işçi" ve "geçici işçi çalıştıran" işveren olarak ifade edilmişlerdir.

Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde tarafların tanımları yapılmıştır. Anılan hükme göre özel istihdam büroları "*İş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya geçici iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere Kurum tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan bürolar*" olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere özel istihdam bürolarının faaliyetleri aracılık ve geçici iş ilişkisi kurmak üzerine olabilir. Özel İstihdam Bürolarının aracılık faaliyetleri Yönetmeliğin ikinci bölümünde, geçici iş ilişkisi faaliyetleri ise Yönetmeliğin üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bürolar bu hizmetleri ayrı ayrı sunabilecekleri gibi birlikte de sunabilir.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurmak isteyen Özel İstihdam Büroları, Türkiye İş Kurumu tarafından izin almalıdır. Başka bir ifadeyle bu türde bir geçici iş ilişkisini her Özel İstihdam Bürosu kuramamakta,

²⁸ BASKAN, s. 8.

²⁹ CİVAN, s. 316; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 140.

Kurumca izin ve yetki verilen bürolar gerçekleştirebilmektedir.³⁰ Özel istihdam bürolarının faaliyet izinleri ve geçici iş ilişkisi kurma yetkisi için gereken şartlar 4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununda ve Yönetmelikte düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisi kurma yetkisini haiz olmayan bürolar tarafından kurulan geçici iş ilişkileri hukuka aykırıdır.³¹

Türkiye'deki uygulamaya benzer şekilde Alman hukukunda da istihdam ajansları, faaliyette bulunabilmek için Federal İstihdam Bürosu Bölge Ofisi'nden (*Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit*) izin almak zorundadırlar. Ofis tarafından başlangıçta sınırlı bir süre faaliyet izni tanınan bürolara ancak 3 yıldan sonra sınırsız bir süre için izin verilebilir.³²

Üçlü iş ilişkisinin bir diğer tarafını, özel istihdam bürosu işçisi, ya da yasal tanımdan hareketle geçici işçi oluşturmaktadır. Geçici işçi, Yönetmelikte "*Geçici işçi sağlama sözleşmesi kapsamında özel istihdam bürosu aracılığıyla başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılan işçi*" olarak tanımlanmıştır. Daha sonra da ayrıntılarıyla ifade edildiği üzere geçici işçi, özel istihdam bürosuyla akdedilmiş bir iş sözleşmesinin tarafıdır. Bu itibarla işçinin tek işverenin özel istihdam bürosu olduğu ifade edilmelidir. Geçici işçi, geçici bir süreliğine geçici işçi çalıştıran işverenin emir ve talimatları altında iş görme borcunu ifa etmektedir.³³

Üçlü hukuksal bağın bir diğer tarafını ise geçici işçi çalıştıran işveren oluşturmaktadır. Yönetmelikte geçici işçi çalıştıran işveren, "*Özel istihdam bürosundan geçici işçi sağlama sözleşmesi ile geçici iş ilişkisi kapsamında işçi temin eden işveren*" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu taraf işveren olarak, geçici iş ilişkisi bakımından geçici işçinin hukuki anlamda işvereni olarak kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte geçici işçiden iş görme borcunu talep etme yetkisi, geçici süreliğine kendisine bırakılmıştır. Bu çerçevede, emir ve talimat verme yetkisi altında çalıştırdığı geçici işçiye karşı bazı yükümlülükleri de bulunmaktadır.

³⁰ AKYİÇİT, Ercan, İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2021, s. 151.

³¹ UŞAN, M. Fatih/ ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2020, s. 55.

³² KREMP/ BASFELD, s. 54-55.

³³ BASKAN, s. 11

III. TARAFLAR ARASI HUKUKİ İLİŞKİLER

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi sonucunda oluşan üçlü genel iş ilişkisi, kendi içinde taraflar arası hususi hukuki ilişkiler barındırmaktadır. Bu ilişkiler; özel istihdam bürosu ve geçici işçi arasında kurulan iş ilişkisi, özel istihdam bürosu ve geçici işçi çalıştıran işveren arasında imzalanan geçici işçi sağlama sözleşmesi sonucu doğan ilişki ve nihayet geçici işçi çalıştıran işveren ile çalıştırdığı işçi arasındaki iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki olarak sayılabilir.

A. Özel İstihdam Bürosu ve Geçici İşçi Arasındaki Hukuki İlişki

Özel istihdam bürosu ve geçici işçi arasındaki hukuki ilişki, aralarında akdedilen iş sözleşmesine dayanır.³⁴ Kanun m. 7/11 hükmü uyarınca da geçici iş ilişkisinin işveren tarafını özel istihdam bürosu oluşturmaktadır. Bu kural, Yönetmelik m. 6/1'de de yinelenmiştir. Söz konusu iş ilişkisinde işçinin, özel istihdam bürosunda mal ve hizmet üretimi şeklinde herhangi bir faaliyet yürütmesi söz konusu değildir. İşçinin taahhüdü, iş görme edimini geçici sürelerle özel istihdam bürosunun geçici işçi sağlama sözleşmesi akdettiği işverenlere ifa edeceğine ilişkindir.³⁵ Bir başka ifadeyle işçinin hizmet görme yükümlülüğü, ilgili geçici işveren için talimatlara göre çalışmayı içerir.³⁶

1. İş Sözleşmesinin Şekli ve Türü

Mevzuattaki düzenlemeler uyarınca, özel istihdam bürosu ve işçi arasında akdedilecek iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Öğretide bir görüş, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca yazılılığın geçerlilik koşulu olduğunu savunmaktadır.³⁷ Yazılılığın geçerlilik şart olmayıp, ispat vasıtası bakımından önemli olduğunu ifade eden

³⁴ SENYEN KAPLAN, s. 118; EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 191.

³⁵ BASKAN, s. 12-13.

³⁶ KREMP/ BASFELD, s. 56.

³⁷ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 246: "Maddede sözü edilen yazılılık koşulunu geçerlik koşulu olarak kabul etmek gerekir. Zira bilindiği gibi Borçlar Kanunu m. 12/2'ye göre sözleşmeler için öngörülen yazılılık koşulu geçerlik koşuludur. Yazılı bir sözleşme yapılmadan işçinin bir işverenin yanında çalıştırılmak üzere gönderilmesi halinde, öğretide de ileri sürüldüğü gibi, özel istihdam bürosunun iş aracılığı faaliyeti gerçekleştirildiği ve işçi ile yanında çalıştığı işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulduğunun kabulü bizce de isabetlidir."; Aynı doğrultuda, CİVAN, s. 317; BASKAN, s. 13.

başka bir görüş de mevcuttur.³⁸ Bu görüşün taraftarlarına göre Kanun yazılılık şartı, istismarları engellemek ve ispatı kolaylaştırmak için getirilmiştir.³⁹ Bunların yanında yazılılığın, eşit muamele prensibi bakımından daha uygun olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁰

Kanaatimizce özel istihdam bürosu ve işçi arasındaki iş sözleşmesinin yazılılığı, bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir. Zira özel istihdam büroları, talepte bulunan işverenlere geçici süreler ile işçi temin eden profesyonel kuruluşlardır. Büroların denetiminin daha rahat yapılabilmesi için yaptıkları işlemler açık ve belirli olmalıdır. Bu, işçilerin haklarının korunabilmesi ve suiistimal edilmemeleri açısından önemlidir. Öte yandan ifade edilmesi gereken bir başka husus, işçinin özel istihdam bürosu işe iş sözleşmesi akdettiği esnada geçici sürelerle başka işverenlere iş görme edimini ifa edeceğini bilmesidir. Bu nedenle özel istihdam bürosu işçiyi başka işverenlerin emir ve talimat yetkisi altında çalışmaya vereceği zaman işçiden ayrıca bir rıza almak zorunda değildir.⁴¹ Zira meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinden farklı olarak işveren en baştan yazılı iş sözleşmesi ile faaliyette bulunmayı taahhüt etmektedir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinde kararlaştırılmış işler varsa ve iş gücü, bu işlerin dışında bir hizmet vermek üzere geçici işverene ödünç verilecekse esaslı değişiklik oluşabileceğinden işçi rızasının aranması gündeme gelebilir.⁴²

Alman hukukunda istihdam ajanslarına, geçici işçinin görevlendirileceği her işten önce söz konusu işçiye bu hususun bildirilmesi gerektiği yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranan istihdam ajansına 1000 Euro'ya kadar para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir.⁴³ Türk hukukundaki meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi bakımından böyle bir zorunluluk yoktur. Zira işçi en başından itibaren geçici işçi olarak görevlendirilmek üzere istihdam edildiğini bilmektedir. Alman hukukundaki bu uygulama, bizdeki meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisine benzetilebilir.

³⁸ SENYEN KAPLAN, s. 118.

³⁹ EKMEKÇİ - YİĞİT, s. 191.

⁴⁰ YİĞİT, s. 139.

⁴¹ AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Ankara, 2020, s. 143.

⁴² EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 195.

⁴³ KREMP/ BASFELD, s. 56.

Özel istihdam bürosu ve geçici işçi arasındaki iş sözleşmesi, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği ve 4904 Sayılı Kanunda düzenlenen ayrık hükümler haricinde, İş Kanunundaki genel hükümlere tabidir. Söz konusu iş sözleşmesinin türüne ilişkin herhangi bir hükme yasada ve diğer mevzuatta yer verilmemiştir. Bu nedenle sözleşme türü bakımından herhangi bir belirleyicilik yahut sınırlama söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle özel istihdam bürosu ve işçisi arasındaki iş sözleşmesi kısmi/tam zamanlı, deneme süreli, çağrı üzerine gibi şekillerde akdedilebilir.⁴⁴

Her ne kadar meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosu ve işçi arasındaki iş ilişkisinin herhangi bir türle bağlı tutulmadığı söylenebilirse de, belirli sürelilik bakımından birtakım açıklamalara gidilmelidir. Bilindiği üzere belirli süreli iş sözleşmeleri; süresi belirli olan işlerde veya belli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılır (m. 11). Bununla birlikte Kanunda üç durum örnek kabilinden sayılmış, devamında “gibi” ifadesine yer verilmiştir. Bir başka ifadeyle sayılan hallere benzer başka durumlarda belirli iş sözleşmesi yapılabilecektir.⁴⁵ Meslek edinilmiş geçici iş ilişkileri bakımından ise, özel istihdam bürosunun bir başka işverene geçici süreyle iş gücü hizmeti sağlamanın objektif neden oluşturup oluşturmayacağı tartışılmalıdır. Öğretide genel olarak kabul edilen görüş, geçici süreyle işçi çalıştıran işverenin bu ihtiyacının geçici süreyle olmasının İş Kanunu m. 11 anlamında bir objektif neden oluşturmayacağı yönündedir.⁴⁶ Başka bir ifadeyle, sırf işin geçici olması, belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için objektif neden kabul edilmecektir.⁴⁷

⁴⁴ CİVAN, s. 322; EKMEKÇİ/ YİÇİT, s. 192-193.

⁴⁵ KORKMAZ, Fahrettin/ ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2019, s. 107.

⁴⁶ SÜZEK, s. 288-289; BASKAN, s. 13; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 141; EKMEKÇİ/ YİÇİT, s. 192 vd., Alman hukukuyla mukayeseli bir değerlendirme için bkz. CİVAN, s. 317 vd.

⁴⁷ GÜZEL, Ali/ HEPER, Hande: “Süreklili İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama, Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 1, 2017, s. 41.

Her ne kadar özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli yapılması gerektiği savunulabilirse de⁴⁸ yine de her somut olay bağlamında bir değerlendirme yapılması gerektiği açıkla-
madan arıdır. Zira gerçekten de özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici işçi temini altında yatan sebep, objektif bir nedene dayanıyor olabilir.⁴⁹ Nitekim çalışmanın sonraki bölümlerinde açıklandığı üzere meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulmasına olanak tanıyan hallerin bir kısmı Kanunda belirli sürelerle tabi tutulmuştur. Kanaatimizce bu hallerde çalışma ilişkisi sürekli yenilenmeyecek ise, belirli süreli sözleşme yapabilmek için aranan objektif nedenin bulunduğu kabul edilebilir.

2. İşçiyi Koruyucu Önlemler

Kanun koyucu, İş Kanununda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisini düzenleyen hükümde geçici işçiyi koruyacak birtakım önlemlere yer vermiştir. Bu önlemlerden biri de *“Geçici işçinin, Türkiye İş Kurumundan veya bir başka özel istihdam bürosundan hizmet almasını ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra geçici işçi olarak çalıştığı işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümler konulamaz.”* şeklindedir (m. 7/11). Aynı hüküm Yönetmelikte (m. 6/4) ve 4904 Sayılı Kanunda (m. 19/4-c) da tekrarlanmıştır Anılan düzenleme uyarınca geçici işçinin iş bulabilmek için daimi olarak özel istihdam bürosu tahakkümünde kalması engellenmeye çalışılmıştır. Bu düzenleme, sözleşme özgürlüğünü de koruyucu bir nitelik taşımaktadır.⁵⁰ Gerçekten de özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkilerinin amaçlarından biri de özellikle genç işçilerin çalışma tecrübesi kazanması olduğundan, işçilerin söz konusu özel istihdam bürosuna bağımlı kılınmalarının yolu kapatılmıştır.⁵¹

Özel istihdam bürosu işçilerinin haklarını korumaya yönelik bir diğer düzenlemeye de 4904 Sayılı Kanunda yer verilmiştir. Buna göre işçilerin kayıt dışı çalışmaları, herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları, asgari ücret altında çalışmalarını öngören anlaşmalar geçersiz kabul edilecektir (m. 19/4-c).

⁴⁸ Karşı görüş için bkz. AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 151.

⁴⁹ EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 194.

⁵⁰ SÜZEK, s. 289.

⁵¹ BASKAN, s. 14; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 141.

3. İşçilerin Çalıştırılmadıkları Dönemlerdeki Hak ve Ücretleri

Özel istihdam bürosu aracılığı ile kurulan geçici iş ilişkisinde geçici işçilerin herhangi bir geçici işçi çalıştıran işveren yanında çalışmadıkları sürelerde hangi haklara sahip oldukları konusunda Kanunda öngörülen tek hüküm ilgili maddenin 9'uncu fıkrasında yer almaktadır. Anılan hükme göre *"Geçici işçileri çalıştıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırır. Geçici işçiler, çalışmadıkları dönemlerde ise özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılır."* Nitekim Avrupa Birliği'nin 2008/104/EC sayılı direktifinin 6'nci maddesinin son fıkrasında da istihdam ajanslarının işçilerin bir başka işveren yanında çalışmadıkları sürelerde de benzer yükümlülüklerinin olduğu ifade edilmiştir. Bu hükme göre istihdam ajansları, işçilerin kariyer gelişimlerini ve istihdam edilebilirliklerini artırmak için eğitimlere ve çocuk bakım tesislerine erişim imkânlarını iyileştirmekle sorumludur.

Kanun koyucu, özel istihdam bürosu ve geçici işçi arasında akdedilecek iş sözleşmesinde yer verilmesi gereken bir husus olarak, işçinin ne kadar süre içinde işe çağrılmazsa iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebileceği konusuna yer vermiştir. Yasal düzenlemeye göre bu süre üç ayı geçemeyecektir. Öngörülen azami sürenin altında sözleşme serbestisi ilkesi uygulanacaktır. Belirtilmelidir ki bu düzenleme, Genel Kurul önergesi neticesinde hükme dâhil edilmiştir. Başka bir ifadeyle yasa tasarısında ve kanunu hazırlayan komisyonun kabul ettiği metinde bulunmamaktadır.⁵² Kuralın getirilmesinde duyulan endişe, işçinin haddinden uzun süreler boyu işe çağrılmamasının zamanla işçi bakımından çekilmez hale gelmesidir.⁵³ Söz konusu kural, aşağıda açıklandığı üzere işçilerin çalışmadıkları sürelerde ücrete hak kazanıp kazanmayacaklarına ilişkin tartışmaların bir parçası haline gelmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere geçici işçinin tek ve gerçek işvereni özel istihdam bürosudur. Nitekim özel istihdam bürosu ve işçi arasında iş sözleşmesi akdedilmekte ve her ne kadar işçi geçici sürelerle iş görme borcunu başka işverenlere ifa etse de büro ile arasındaki sözleş-

⁵² CİVAN, s. 320.

⁵³ BASKAN, s. 14.

me sona ermemektedir. Hatta işçinin özel istihdam bürosu bünyesinde yürüttüğü faaliyetin kapsamını da başka işverenlerin emir ve talimatları altında çalışmak oluşturmakta, büro bünyesinde herhangi bir mal ve hizmet üretimi de söz konusu olmamaktadır. Hal böyle iken, iş sözleşmesinin en temel unsurlarından biri olan ücret unsur da özel istihdam bürosu ve geçici işçi arasında meydana gelecektir. Başka bir ifadeyle işçinin ücret alacağı, işvereni sıfatıyla özel istihdam bürosu yükümlülüğündedir.⁵⁴ Öyle ki 4904 Sayılı Kanun 19'uncu maddesinde, "Özel istihdam bürosu işçisine ilişkin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan ve 4447 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülüklerin, 4857 sayılı Kanunun 7'nci maddesi saklı kalmak kaydıyla özel istihdam bürosu tarafından yerine getirileceği" hüküm altına alınmıştır. Öte yandan ifade edilmelidir ki önemli olan ücretin ödenmesi olup, ücreti üçüncü bir kişinin ya da geçici işverenin ödemesi bir sorun teşkil etmeyecektir. Bu yönde bir hüküm taraflarca kararlaştırılabilir.⁵⁵

Ücretin ödenmemesi halinde, özel istihdam bürosuna uygulanacak yaptırım ve şartları 4904 Sayılı Kanunun 18'inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre geçici iş ilişkisi kurulan işçi sayısının yüzde onunun ücreti, ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir sebep olmaksızın ödenmemiş ve bir yıl içinde en az bir işçinin ücretin, en az üç defa sözleşme ile belirlenen ücretin altında ödenmiş veya süresinde ödenmemiş ise büronun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi derhal iptal edilir ve üç yıl süreyle izin verilmez.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosu işçilerinin çalışmadıkları süreçte ücrete hak kazanıp kazanamayacakları, öğretilde uzlaşılammış bir konudur. Zira Kanunun ilgili hükmünde işçinin çalıştırılmadığı süreç nedeniyle haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak bu süreçte ücrete hak kazanıp kazanamayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Hatta 4904 Sayılı Kanun tasarısında yer verilen "Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran

⁵⁴ UŞAN/ ERDOĞAN, s. 57; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 141; SÜZEK, s. 289.

⁵⁵ SÜZEK, s. 289.

işverenin aynı kıdemi haiz emsal geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır” hükmü, yasalaşırken Meclis görüşmelerinde yasa metninden çıkarılmıştır.⁵⁶ Öğretide bu durum sıkça eleştirilmiş, işçi açısından sınırlı bir miktar da olsa gelir güvencesi sağlanmasının önemli olduğu ifade edilmiştir.⁵⁷ Süzek’e göre işçi geçici işverenlerin yanında çalıştırılmasa dahi özel istihdam bürosu ile arasındaki iş ilişkisi devam ettiğinden ücret almaya devam etmelidir. Zira ücret, iş sözleşmesinin kurucu bir unsurudur.⁵⁸ Ayrıca İş Kanunu 66’nci maddede “İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler”, çalışma süresinden sayılan haller kapsamında düzenlenmiştir.

Öğretideki bir diğer görüşe göre özel istihdam bürosu işçisi, çalıştırılmadığı dönemlerde ücret elde edemeyecektir. Zira Kanunda bu yönde bir düzenlemeye açıkça yer verilmediği gibi, işçiye çalıştırılmadığı takdirde sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Görüşün taraftarlarına göre şayet işçinin çalışmadığı sürelerde ücret hakkı olsaydı, haklı nedenle feshin Kanunda düzenlenmesi anlamsız hale gelecektir.⁵⁹

Konuya ilişkin olarak kanaatimizce, işçinin çalıştırılmadığı sürede de özel istihdam bürosundan ücret almaya devam etmesi gerekmektedir. 4904 Sayılı Kanun tasarısında yer verilen ilgili hükmün Kanunlaşma döneminde metinden çıkarılmış olması, özellikle işçinin çalışmadığı dönemde ücrete hak kazanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira büro ve geçici işçi arasında devam eden bir iş sözleşmesi vardır ve sözleşme devam ederken işçinin ücret almaması düşünülemez. Aksi yönde bir kabul, işçi yararına yorum ilkesine de hanel getirecektir. Her ne kadar işçinin çalıştırılmadığı süre nedeniyle haklı fesih hakkı düzenlenmiş ise de bu durumda da işçinin mağduriyet yaşayacağı açıktır. Söz gelimi bu sürenin 3 ay olarak kararlaştırıldığı sözleşmelerde, işçi hem 3 ay boyunca ücret elde edemeyecek hem de haklı fesihte bulunabilmek için beklemek zorunda kalacaktır. Güçlü olan işveren karşısında zayıf durumda olan işçi bakımından bunun koruyucu olmadığı açıktır.

⁵⁶ GÜZEL/ HEPER, s. 42.

⁵⁷ ÇELİK/ CANIKLOĞLU/ CANBOLAT, s. 247.

⁵⁸ SÜZEK, s. 290.

⁵⁹ EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 195.

İş sözleşmesine işçinin çalıştırılmadığı süre boyunca ücret alacağına ilişkin bir hüküm taraflarca konulabilir. İşçi yararına bir hüküm olduğundan, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince böyle bir kaydın konulmasında sakınca yoktur. Ancak bu durumda ise çalışmadığı halde ücret almaya devam eden işçinin 3 aylık süre sonunda sözleşmeyi haklı nedenle feshedip edemeyeceğinin tartışılması gerekir. Kanaatimizce böyle bir durumda hâkim, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmalıdır. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, işçinin geçici işverenlerin faaliyetlerini yürütürken aldığı ortalama ücret ile çalıştırılmadığı süre boyunca kendisine ödenmesi kararlaştırılan ücret arasındaki fark büyükse, nihayetinde işçinin haklı nedenle fesih hakkına sahip olabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Zira işçi çalıştığı takdirde daha yüksek bir ücret kazanacaktır, bu ücretten uzun sürelerle mahrum bırakılması tehlikesi doğabilecektir. Öte yandan çalıştığı dönem ve çalışmadığı dönemler için kararlaştırılan ücretler arasındaki fark makul karşılanabilir düzeyde ise, işçinin üç aylık süre içinde bir de haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğunun kabulü taraflar arasında büyük bir menfaat dengesizliği oluşturacaktır. Bununla beraber çalıştırılmama süresi yine de sınırsız olmamalı, bir noktadan sonra işçinin fesih hakkı doğmalıdır. Başka bir ifadeyle, bu süre 3 ay gibi kısa vadelerde belirlenmemelidir. Öte yandan uygulamada bunun gerçekleşeceği ihtimali de oldukça düşüktür. Zira hiçbir özel istihdam bürosu uzun sürelerle ücretini de ödediği bir işçiyi çalıştırmazlık yapmayacaktır.

Nihayetinde tüm bu sorunlar, kanun koyucunun yapabileceği bir düzenleme ile giderilebilecek boyuttadır. Hükme çalıştırılmadığı süre bakımından ücrete hak kazanıp kazanamayacağı, kazanacak ise sınırın ne olacağı, kazanmayacak ise işçinin mağdur olmaması için ne gibi önlemler alınabileceğine mevzuatta yer verilmelidir.

B. Özel İstihdam Bürosu ve Geçici İşveren Arasındaki Hukuki İlişki

Türk İş Kurumu tarafından kendisine geçici iş ilişkisi yapma yetkisi verilen özel istihdam büroları, geçici işverenler ile geçici işçi sağlama sözleşmesi imzalarlar. Bu sözleşme uyarınca özel istihdam bürosu, işverene geçici olarak işçilerini devreder (m. 7/2). Nitekim Yönetmelikte de geçici işçi sağlama sözleşmesi, "Özel istihdam bürosu ile işveren arasında

işçinin, iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici iş ilişkisi kapsamında yapılan yazılı sözleşme” olarak tanımlanmıştır.

1. Sözleşmenin Şekli ve İçeriği

Geçici işçi sağlama sözleşmesi yazılı yapılmalıdır. Bu yazınlık geçerlilik koşulu olarak değerlendirilmelidir.⁶⁰ Zira 4904 Sayılı Kanununun 18’inci maddesinde yazılı sözleşme yapılma şartına uyulmadığı takdirde, bu tespitin yapıldığı günden geriye doğru iki yıllık süre içinde üç kez bu şartın ihlal edildiği saptanırsa büronun geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durum gerçekleştiği takdirde büroya üç yıl süreyle izin verilmeyeceği de yaptırım olarak öngörülmüştür. Geçici işçi sağlama sözleşmesi yazılı yapılmadığı takdirde geçersiz kabul edilecektir. Geçersizlik ile karşı karşıya kalındığı takdirde ise öğretide sıkça kabul edilen görüş, geçici işçinin, geçici işçi çalıştıran işverenin yanında çalışmaya başladığı tarihten itibaren onun işçisi olarak kabul edileceği yönündedir.⁶¹ Kanaatimizce bu görüş doğrudur. Geçici işçi sağlama sözleşmesinin geçerlilik şartı olan yazınlık unsuruna dikkat edilmediği takdirde sözleşme geçersiz kabul edilerek geçici işveren ve işçi arasında bir iş sözleşmesi doğduğu kabul edilmelidir. Bu ihtimalde işçinin işvereni özel istihdam bürosu değil, bizzat geçici işveren sayılacaktır. Geçici işveren, iş sözleşmelerinden doğan tüm hak ve borçların sahibi olacaktır.

Geçici işçi sağlama sözleşmesinin içeriğinde neler yer alması gerektiği, Kanunda ve Yönetmelikte düzenlenmiştir. Hükümler uyarınca söz konusu sözleşmede sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihleri, işçinin çalıştırılacağı işin niteliği, özel istihdam bürosunun hak kazanacağı hizmet bedeli ve şayet varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alacaktır. İfade edilmelidir ki yasa koyucu bu düzenlemede sözleşmenin yalnızca temel unsurlarını saymış, genel bir çerçeve çizmiştir. Bir başka ifadeyle sözleşme içeriğinin belirlenmesini taraflara bırakmıştır.⁶²

⁶⁰ EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 199.

⁶¹ BASKAN, s. 15-16.

⁶² EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 199.

Geçici işçi sağlama sözleşmesinin içeriğine ilişkin olarak belirtilmelidir ki, sözleşmede geçici işverenin emir ve talimat yetkisi altında çalıştırılmaya gönderilecek işçilerin isim isim belirtilmesi zorunlu değildir. Elbette tarafların söz konusu çalışacak işçileri birlikte belirlemeleri de mümkündür.⁶³ Alman hukukunda ise durum Türkiye'den farklıdır. İşe başlamadan önce istihdam ajansı ve geçici işveren, çalışacak işçileri kesin olarak belirlemek ve geçici işçi sağlama sözleşmesinde belirtmek zorundadır.⁶⁴ Bu bağlamda geçici işçi sağlama sözleşmesi bakımından Türk hukukunda taraflara tanınan serbestliğin daha fazla olduğu söylenebilir.

Son olarak, geçici işçi sağlama sözleşmelerinin daha çok ticaret hukuku ve borçlar hukuku karakterli olduğu ifade edilebilir.⁶⁵ Zira burada bireyler arası iş ilişkilerinden ziyade, iş ilişkisi kurulmasına, doğuşuna dayanak olan ve bu nedenle iş hukuku kapsamına tam oturmayan bir sözleşme tipi mevcuttur. Geçici işçi sağlama sözleşmesinin tarafları bağımsız olarak işveren ve müteşebbis sıfatını haiz oldukları için söz konusu sözleşmenin iş hukuku sınırları içinde yer almadığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁶⁶

2. İlişkidен Doğan Borçlar

Geçici işçi sağlama sözleşmesi, özel istihdam bürosu ve geçici işçi çalıştıran işveren arasında sürekli borç doğuran, *synallagmatic* bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile özel istihdam bürosu, geçici işverenin ihtiyaçlarını karşılamaya uygun, ortalama bir işçi gönderme taahhüdünde bulunmaktadır.⁶⁷ Bir başka ifadeyle büronun borcunu yerine getirmesi, sözleşmede tarafların anlaştığı niteliklere, çalıştırılacak işe uygun ve kararlaştırılan sayıda işçi göndermesiyle sağlanacaktır. Nitekim büronun sözleşmeden doğan asli edimi de iş gücüne ihtiyaç duyan işverenin bu ihtiyacı karşılamaktır. İşçilerin mesleki niteliklerinin tespitinde, o meslek grubunda çalışan işçilerin ortalama özellikleri dikkate alınmalı-

⁶³ YİÇİT, s. 152.

⁶⁴ KREMP/ BASFELD, s. 56.

⁶⁵ BASKAN, s. 15.

⁶⁶ AKINTÜRK TÜRKMEN, s. 142.

⁶⁷ SÜZEK, s. 291

dır. Öğretide özel istihdam bürosunun bu borcunun bir cins borcu olduğu ifade edilmektedir.⁶⁸

Kanaatimizce özel istihdam bürosunun geçici işverene işçi sağlama borcunu bir cins borcu olarak nitelendirmek son derece sakıncalıdır. Zira ortada eşya değil, iş görme edimi gerçekleştirecek bir işçi söz konusudur. Öyle ki cins borcu, maddi edimi konu alan verme borçları içinde yapılan bir tasnifin koludur.⁶⁹ Söz konusu olan işçinin iş görme edimi değildir. İş görme edimi işçinin şahsında gerçekleşen ve geçici işverene karşı ifa edilecek bir borçtur. Özel istihdam bürosunun borcu ise geçici işverene işçi sağlamak üzeredir, bir bakıma borcun konusunu iş gücü oluşturmaktadır. İş gücünün, dolayısıyla işçinin maddi edimi konu alan bir sınıflandırmada konumlandırılması, işçinin objeleştirilmesi anlamına gelecektir.

Özel istihdam bürosu, geçici işverenin belirttiği işte çalışmak üzere söz konusu meslek grubunun ortalama özelliklerine sahip işçi seçme yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve bunun neticesinde geçici işveren zarara uğramışsa, büro bu zararı tazmin etmekle mükelleftir. Benzer şekilde işveren ile akdettiği geçici işçi sağlama sözleşmesinde belirlenen yer ve zamanda işçi sağlayamayan büro, işverenin uğradığı zararlardan dolayı sorumludur.⁷⁰

Yukarıda açıklandığı üzere, geçici işçinin tek ve gerçek işvereni özel istihdam bürosu olduğundan işçi ücretini ödeme sorumluluğuna sahip taraf özel istihdam bürosudur. İşçi iş görme edimini geçici işverene karşı ifa edecektir. Geçici işverenin aldığı bu hizmete karşılık bir edimde bulunacağı açıktır. Buna göre geçici işçi çalıştıran işveren, özel istihdam bürosuna bir hizmet bedeli ödemekle yükümlüdür.⁷¹

Hizmet bedeli ödeme, geçici işçi çalıştıran işverene ait bir borçtur.⁷² Bundan anlaşılması gereken, özel istihdam bürosunun geçici işve-

⁶⁸ AKINTÜRK TÜRKMEN, s. 143; CİVAN, s. 332.

⁶⁹ ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 106 vd.; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2013, s. 209; YILDIRIM, Abdulkemim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 43.

⁷⁰ SÜZEK, s. 292.

⁷¹ EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 199.

⁷² SÜZEK, s. 291.

ren ve işçi arasında kurmaya aracı olduğu hukuki ilişkiye dair olarak maddi menfaatini yalnızca işverenden elde edebileceğidir. Nitekim 4904 sayılı Kanunda da özel istihdam bürolarının, geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçilerden herhangi bir sebeple menfaat sağlayamayacağı veya onlardan hizmete ilişkin bir bedel alamayacağı hüküm altına alınmıştır (m. 19). Öte yandan maddenin devamında yönetmelikle istisna tutulan meslekler ve pozisyonlar için aracılık hizmeti sağlayan özel istihdam bürolarının hizmet bedeli alabileceği ifade edilmiştir. Yönetmelikte yer verilen istisnalar ise, profesyonel sporcu, teknik direktör, antrenör, manken, fotomodel ve sanatçı meslek gruplarında yer alanlar ile genel müdür veya bu göreve eş ya da daha üst düzey yönetici pozisyonlarında işe yerleştirilecek kişiler olarak düzenlenmiştir. O halde, sayılan pozisyonlarda geçici iş ilişkisi ile işçi çalıştıracak özel istihdam bürosu, söz konusu kişilerden hizmet bedeli alabilir. Bu kurala aykırılık halinde uygulanacak yaptırıma maddenin son fıkrasında yer verilmiştir. Özel istihdam bürolarının istisnalar ayrık tutulmak üzere, iş arayanlar ile bedel içerikli anlaşmalar yapmaları veya bu kişilerden herhangi bir sebeple menfaat elde etmeleri halinde özel istihdam büroları ile işverenler arasında yapılmış anlaşmalar geçersizlik yaptırımına uğrayacaktır.

Avrupa Birliğinin mehz direktifinde de istihdam ajanslarının işçilerinden bir geçici işveren yanında görevlendirilmeleri öncesinde veya sonrasında herhangi bir ücret talep edemeyecekleri kuralına yer verilmiştir (m 6). Kanaatimizce bu önemli kuralın 4904 Sayılı Kanunun yanı sıra İş Kanununda da düzenlenmesi gerekirdi.

C. Geçici İşçi ve Geçici İşveren Arasındaki Hukuki İlişki

Üçlü nitelikte hukuki bağ taşıyan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde incelenecek son ilişki, geçici işçi ve geçici işçiyi çalıştıracak işveren arasındaki hukuki ilişkidir. Tarafların borçlarının ve sorumluluklarının sınırlarının daha net çizilebilmesi açısından bu ilişkinin niteliği iyi saptanmalıdır. Geçici işçi ve bu işvereni çalıştıracak işverenin iş sözleşmesi kurulması yönünde bir iradeleri bulunmamaktadır.⁷³ Geçici işçi, yalnızca konumu gereği başka bir işverenin yanında iş görme borcunu ifa et-

⁷³ BASKAN, s. 16.

mehtedir.⁷⁴ Bu nedenle taraflar arasında herhangi bir iş sözleşmesi mevcut bulunmamaktadır.⁷⁵ Bununla birlikte, işçinin sınırlı bir süreyle özen borcunu da kapsayacak şekilde geçici işverene iş görme ediminde bulunması; işverenin ise emir ve talimat yetkisi verebileceği bir yönetim hakkını ve eşit davranma borcunu haiz olması, işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün devam etmesi nedeniyle taraflar arasında iş sözleşmesi benzeri hukuki bir ilişkisinin varlığını kabul etmek isabetli olacaktır.⁷⁶

1. İşçinin İş Görme Borcu

İş sözleşmesi benzeri hukuki ilişki nedeniyle, her iki tarafın da çeşitli borç ve sorumlulukları bulunmaktadır. İşçinin öncelikli borcu, kendisini çalıştıran işçiye karşı iş görme borcudur. Çalışmanın önceki bölümlerinde de açıklandığı üzere, her ne kadar işçinin tek ve gerçek işvereni özel istihdam bürosu olsa da işçinin özel istihdam bürosunda bulunma amacı büro içindeki herhangi bir mal ve hizmet üretimine katılmak değildir. İşçi, büronun kendisini yönlendireceği işverenin nam ve hesabına iş görme borcunu ifa etmekle mükelleftir.⁷⁷ Genel kuralda olduğu gibi, işçi iş görme borcunu yerine getirirken özen yükümlülüğü altındadır. Başka bir ifadeyle işçi, taahhüt ettiği işi dikkatle ve gereken özeni göstererek yerine getirmekle yükümlüdür.⁷⁸

İşçinin geçici işverenin işini görürken özen borcunun yanında sadakat borcunun bulunduğu da kabul edilmelidir. Her ne kadar işçinin iş akdinden doğan esas sorumluluğu özel istihdam bürosuna karşı olsa da büro da işlerinin beklenen şekilde görülebilmesi için geçici işçi çalıştıran işverene karşı sorumludur. Bu bağlamda işçinin özel istihdam bürosuna yönelik sahip olduğu sadakat borcunun, iş görme ediminin ifası esnasında geçici işverene karşı devam ettiğinin söylenmesi yanlış olmaz.⁷⁹ Zira aralarında iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki mevcuttur. Bu

⁷⁴ EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim/ BASKAN, Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2020, s. 128.

⁷⁵ UŞAN/ ERDOĞAN, s. 57.

⁷⁶ SÜZEK, s. 292.

⁷⁷ CİVAN, s. 363.

⁷⁸ ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara, 1978, s. 54.

⁷⁹ CİVAN, s. 363.

bakımdan işçi, işini gördüğü geçici işverenin menfaatlerini korumak ve ona karşı zararlı olabilecek hareketlerden kaçınmak borcu altındadır.⁸⁰

İş Kanunu m. 7/14'te geçici işçinin, kusuru ile sebep olduğu zararlardan ötürü geçici işverene karşı sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Öte yandan bu sorumluluk sınırsız bir sorumluluk olarak düzenlenmemiş, işyerine ve işe ilişkin hareketlerden doğan zararlar olarak tahdit edilmiştir. İşçinin bu yönde verdiği bir zarardan bizzat olarak özel istihdam bürosunun sorumlu tutulmama nedeni, işçinin bir ifa yardımcısı niteliği taşımasıdır. Başka bir ifadeyle özel istihdam bürosunun işverene karşı sorumluluğu, işin yerine getirilmesini bizzat üstlenmemesi, yalnızca geçici işverenin iş gücü ihtiyacının karşılanmasına ilişkindir.⁸¹ Öte yandan işçinin iş görme edimini kötü ifa etmesi nedeniyle geçici işverenin uğrayabileceği zararlardan özel istihdam bürolarının sorumlu tutulacağına ilişkin hükümlere sözleşmelerde yer verilmesi mümkündür. Bu hususa sözleşme serbestisi kapsamında cevaz verilebilir zira işçiler bakımından menfaate yol açan bir uygulamaya vücut vermektedir.

2. İşverenin Hak ve Borçları

Her ne kadar çalıştırdığı işçinin hukuki anlamda işvereni olarak kabul edilemese de özel istihdam bürosuna verdiği hizmet bedelinin karşılığı olarak geçici işverenin geçici süreyle çalıştırdığı işçiye karşı birtakım hak ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bu hak ve sorumluluklara geçmeden evvel, özel istihdam bürosu ve geçici işverenin birlikte sorumluluğuna ilişkin bazı açıklamalar yapılmalıdır.

İş Kanununda geçici iş ilişkisini düzenleyen 7'nci maddenin son fıkrasında "*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme, özel istihdam bürosu ve geçici işverenin birlikte sorumluluğundan bahsetmektedir. Öte yandan maddenin sistematığı göz önünde tutulduğunda, ilgili ifadenin mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisine ait bir hüküm olduğu belirtilmelidir. Zira 7'nci maddenin son fıkrası,

⁸⁰ ESENER, s. 55.

⁸¹ SÜZEK, s. 291.

holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka iş yerlerinde iş görme ediminin görülmesinden bahsetmektedir. Her ne kadar madde içerisinde meslek edinilmiş ve meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi kavramları kesin sınırlarla ayrılmamış ise de anılan fıkranın sonunda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi hakkındaki bazı düzenlemele-
rin “bu fıkraya göre kurulan geçici iş ilişkisinde de uygulanacağı” ifade edilmiştir. O halde kanun koyucu her iki ilişkiyi kanun sistematığında biçimsel olarak keskin bir şekilde ayırmasa da anlamsal olarak ayırmış-
tır.

Geçici işverenin devreden işveren olan özel istihdam bürosuyla birlikte sorumlu olabilmesi, mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisine hasredilmiştir. Öğretide bu husus işçinin korunması ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸² Kanaatimize göre bu görüş son derece isabetlidir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, iş görme edimini geçici işverene karşı üstlenen işçinin elde edemediği ücret ve prim alacağından geçici işverenin de sorumlu tutulması daha yerinde bir düzenleme olurdu.

a. Yönetim Hakkı

Geçici iş ilişkisinde geçici işçi çalıştıran işverenin söz konusu işçi-
den talep edebileceği iş görülmesini isteme hakkının bir uzantısı, işçiye emir ve talimat verebilme hakkıdır.⁸³ Özel istihdam bürosunun işçiye talimat verme yetkisini sınırlı bir süreyle geçici işverene devretmesi, bu yetkiyi hepten kaybettiği anlamına gelmemektedir.⁸⁴ Zira işin yapılma-
sını isteme hakkı ve işe ilişkin talimat verme hakkının aynı kişide bu-
lunması bir zorunluluk değildir.⁸⁵

⁸² SÜZEK, s. 293; CİVAN, s. 367: “...meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından öngörülen müteselsil sorumluluğun, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi açısından da getirilerek, ödünç iş ilişkisinin hangi türüne göre ödünç alan işveren yanında çalıştıklarına bakılmaksızın ödünç işçi sıfatını taşıyan tüm işçilerin aynı koruma şemsiyesi altına alınması tutarlılık sağlayacaktır. Aynı zamanda meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanım ihtimalini de en aza indirecektir.”.

⁸³ SÜZEK, s. 293.

⁸⁴ HEPER/ GÜZEL, s. 45; EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 201: “Yönetim hakkının geçici işverene ait olması, özel istihdam bürosunun hiçbir emir ya da talimat veremeyeceği şeklinde anlaşıl-
mamalıdır. Söz gelimi büronun geçici işçinin yıllık izin hakkına ilişkin talimat verme yetkisi devam eder.”.

⁸⁵ ESENER, s. 69.

Geçici işçi çalıştıran işverenin yönetim hakkı, Kanunda m. 7/9 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre geçici işçi çalıştıran işveren, işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak çalıştırdığı geçici işçiye talimat verme yetkisini haizdir. Düzenlemeden anlaşılacağı üzere işverenin emir ve talimat verme yetkisi sınırsız değildir. İlk olarak ifade edilmelidir ki, tüm iş ilişkileri bakımından işverenin talimatı, mevzuatta öngörülen yahut örf ve âdet kuralları ile oluşmuş sınırları aşamayacak, benzer nitelikteki bir işletme dikkate alınarak söz konusu işletmenin ihtiyaçlarını aşan bir kapsam taşıyamayacaktır. Aksi hallerde işçi, işverenin aşkın talimatlarına uymak zorunda değildir.⁸⁶ İşverenin talimat verme yetkisine ilişkin bu genel kuralın yanı sıra geçici işverenin yönetim hakkı, geçici işçi sağlama sözleşmesindeki esaslarla sınırlanmıştır.⁸⁷ Sonuç olarak geçici işverenin emir ve talimat verme yetkisi, yönetim hakkı sınırları içinde kullanılabilir.⁸⁸

Geçici işverenin yönetim hakkı kapsamında emir ve talimat verebilmesi, yalnızca işin görülmesine ilişkin hususlarda ortaya çıkmak zorunda değildir. İşin görüldüğü işyeri veya işletmenin düzen ve güvenliğini sağlamak için de emir ve talimatlar verilebilir.⁸⁹

b. İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler

Geçici işçi, geçici işverenin işyerinde ve onun emir ve talimatları altında faaliyette bulunduğundan, bu işyerinde yürütülen iş nedeniyle doğabilecek tehlikelere karşı geçici işverenin çeşitli önlemler alması gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işverenin tedbir yükümlülüğünün yanı sıra, geçici işverenin iş kazası veya meslek hastalığına uğraması halinde de bağlı olduğu özel istihdam bürosunun derhal haberdar edilmesi gerekmektedir.

Geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerine Kanunda da yer verilmiştir. Düzenlemeye göre geçici işveren, geçici işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle

⁸⁶ ESENER, s. 159.

⁸⁷ EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 201.

⁸⁸ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 253.

⁸⁹ SÜZEK, s. 293.

yükümlüdür (m. 7/9-c). 5510 Sayılı Kanunun anılan maddelerine göre ise işverenin, işçisinin uğradığı iş kazasını o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Sosyal Güvenlik Kurumuna da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirmekle yükümlüdür. Benzer şekilde meslek hastalığı söz konusu olduğunda da işverenin öğrendiği günden başlayarak üç işgünü içinde, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile Kuruma bildirmesi gerekmektedir.

Öğretide iş kazası ve meslek hastalıklarına ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirme yükümlülüğünün özel istihdam bürosuna mı yoksa geçici işverene mi ait olduğu tartışılmıştır. Zira Kanunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar 5510 Sayılı Kanun *işveren*den bahsetse de yukarıda da açıklandığı üzere geçici işçinin tek ve gerçek işvereni özel istihdam bürosudur. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre İş Kanununda 5510 Sayılı Kanundan doğan yükümlülükler bizzat geçici işçi çalıştıran işverenin yükümlülükleri olarak düzenlendiğinden burada bildirme yükümlülüğü geçici işverene geçmiştir.⁹⁰ Kanaatimize göre bildirme yükümlülüğünün geçici işçi çalıştıran işveren üzerine bırakılması isabetlidir. Zira işçinin uğrayacağı olası bir iş kazası veya meslek hastalığı, bu işverenin işyerinde yürütülen faaliyet neticesinde doğmuş olmaktadır. Öte yandan kanaatimizce Sosyal Güvenlik Kurumuna özel istihdam bürosunun bildirimde bulunması da mümkün kabul edilmelidir. Şayet bildirim büro yapmış ise geçici işçi çalıştıran işverenin yükümlülüğünü ihlal ettiğinden söz etmemek gerekir, meğerki işçi bu bildirimden geç yapılmasından ötürü bir zarara uğramamış olsun.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak İş Kanununda geçici işverene yüklenmiş bir başka yükümlülük ise iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine ilişkindir. O halde geçici işçi çalıştıran işveren, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17'nci maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla, geçici işçi de bu eğitimlere katılmakla yükümlüdür (m. 7/9-f). Öğretide, 6331 Sayılı Kanunun ilgili maddesinde işverenin bu eğitimleri *sağlayacağı* ifade edildiğinden, İş Kanunu ile bir uyumsuzluk çıktığı yö-

⁹⁰ SÜZEK, s. 294; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 256.

nünde bir görüş bulunmaktadır.⁹¹ Kanaatimizce İş Kanununda zaten geçici işverene bir yükümlülük olarak yüklendiğinden, tereddüte yer kalmamıştır.

Geçici işçi çalıştıran işverenlerin çalıştırdıkları geçici işçilerine verecekleri eğitimlere dair düzenlemelerin bir kısmı, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik'te yer almaktadır. 5'inci madde uyarınca geçici işveren, "*İş Kanununun 7'nci maddesinde yer alan geçici iş ilişkisinde, geçici bir süre ile çalışanları kendi işyerinde çalıştırmak üzere devralan işveren, devraldığı çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesinden sorumludur. Ayrıca geçici bir süre ile çalışanları kendi işyerinde çalıştırmak üzere devralan işveren, devraldığı çalışanları ve işverenlerini iş sağlığı ve güvenliği risklerine ilişkin bilgilendirir.*"

İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine ilişkin Yönetmelikte (m. 5/4) ve 6331 Sayılı Kanunda (m. 17/5) yer verilen bir başka düzenleme, tehlikeli işlere ilişkindir. Anılan hükümler uyarınca "*İşveren, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanları işe başlata-maz.*". Söz konusu kurala göre geçici işçi çalıştıran işverenin işyeri tehlikeli veya çok tehlikeli sınıfta yer alıyor ise, özel istihdam bürosundan temin edeceği işçinin gerekli eğitimi aldığına dair belgesi zorunludur.

Alman hukukunda, iş sağlığı ve güvenliği korumalarına ilişkin olarak istihdam ajanslarına da ayrıca yükümlülükler yüklenmiştir. Buna göre iş akdinin tarafı olmaları münasebetiyle istihdam ajansları, geçici işverenlerin iş güvenliği düzenlemelerine bağlılıklarını izlemek ve gerektiğinde bunlara uyulmasını sağlamakla mükelleftir.⁹²

⁹¹ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 256: "...Belirtelim ki, 6331 Sayılı Kanununun 17. Maddesinin altıncı fıkrasında geçici iş ilişkisi kurulan işverenin iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlayacağı belirtilmektedir. Oysa İş Kanununun 7. Maddesine göre bu eğitimi geçici işveren vermekle yükümlüdür. Hemen görüleceği üzere iki hüküm arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Bu durumda 7. Madde-deki hükmün, hem sonraki hem de özel hüküm olduğu için, 6331 Sayılı Kanundaki düzenlemeyi değiştirdiğinin ve bu eğitimleri vermesi gereken kişinin geçici işveren olduğunun kabulü isabetli olacaktır kanaatindeyiz."

⁹² KREMP/ BASFELD, s. 58.

c. Ücret Ödemelerini Kontrol Etme Yükümlülüğü

Çalışmanın önceki bölümlerinde açıklandığı üzere, geçici işçi, iş görme edimini geçici işçi çalıştıran işverene karşı ifa etse de ücretini aralarındaki iş ilişkisi nedeniyle özel istihdam bürosundan alacaktır. Bununla beraber, işçinin ücretinin korunabilmesi için mevzuatta çeşitli yerlerde geçici işverene birtakım sorumluluklar yüklenmiştir.⁹³

Kanunda geçici işçi çalıştıran işveren, işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle yükümlü kılınmıştır. Düzenlemenin devamında ise özel istihdam bürosuna, ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlülüğü öngörülmüştür (m. 7/12). Ancak bu durum, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması nedeniyle kurulan geçici iş ilişkileri (m. 7/2-f) bakımından geçerlidir.

Geçici işverenin yükümlülüğü kontrol ile sınırlı kalmamaktadır. Şayet özel istihdam bürosu, işçiye ücret ödemesi yapmamışsa geçici işveren devreye girerek işçilerin banka hesaplarına ödeme gerçekleştirecektir. Ancak bu ücret ödemeleri en çok üç aya kadar olan ücret miktarıyla sınırlıdır. Normalde ücret ödeme sorumluluğu kendisine ait olmamasına rağmen ücret ödemesinde bulunan geçici işveren de korunmaktadır. Öngörülen düzenlemeye göre geçici işveren, eksik ücretler ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyecek, işçilerin banka hesaplarına yatırdığı ücretleri bu hizmet bedelinden mahsup edecektir. Ödenmeyen ücretler, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir.⁹⁴ Başka bir ifadeyle asıl ücrete iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya yasalardan doğan, parayla ölçülmesi mümkün her türlü menfaatin eklenmesi ile oluşan ücret bakımından geçici işverenlerin ödeme yapması gerekmektedir.⁹⁵

İşverenin Kanunda düzenlenen ücret kontrolüne ilişkin son sorumluluğu, ilgili makamlara bildirim yapılmasına ilişkindir. 7'nci mad-

⁹³ BASKAN, s. 27.

⁹⁴ CİVAN, s. 366.

⁹⁵ ESENER, s. 165.

denin ilgili fıkrası uyarınca geçici işveren; ücreti ödenmeyen işçileri ve ödenmemiş ücret miktarlarını ilgili çalışma ve iş kurumu ilgili müdürlüğüne bildirecektir.

Öğretide geçici işverenin ücret ödemesini kontrole ilişkin yükümlülüğünün yalnızca f bendi ve en çok üç ay süreyle sınırlı tutulması eleştirilmiştir.⁹⁶ Kanaatimizce bu eleştiri isabetlidir. İlk olarak meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi yasada öngörülen hangi hal gerekçesiyle kurulmuş olursa olsun, işçilerin ücret alacaklarının korunması gereklidir. Zira geçici işçi çalıştıran işveren ve özel istihdam bürosunun birlikte sorumluluğu bulunmamaktadır. Bir de ücret kontrolü gibi bir koruma mekanizmasının salt bir bent ile sınırlı tutulması mağduriyetlere yol açacak niteliktedir. Öte yandan f bendi kapsamında geçici işverenlerin kontrol yükümlülüğü herhangi bir süreye tabi kılınmamıştır. Oysa hizmet bedelinden mahsup edilerek işçilere ücret ödemesi yapılması ise 3 ay ile sınırlandırılmıştır. Kanaatimizce burada bir tutarsızlık söz konusudur. Ücret ödenmesine ilişkin bu sınırların kaldırılması çok daha isabetli olacaktır.

Kanunda taraflara yüklenen bu sorumlulukların yanı sıra, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde de bir kurala yer verilmiştir. 11'inci maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca özel istihdam bürosu, geçici işçilerin ücretinin ödendiğini gösteren belgeleri geçici işçi çalıştıran işverene aylık olarak ibraz etmekle yükümlüdür.

d. Eşit Davranma Yükümlülüğü

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçinin işvereni her ne kadar özel istihdam bürosu olsa da geçici işçi çalıştıran işverene ait işyerinde faaliyet yürütüldüğünden, söz konusu işverenin eşit davranma borcuna ilişkin yükümlülükleri doğmaktadır.⁹⁷ Bu yükümlülüğe ilişkin olarak İş Kanununda geçici işçi çalıştıran işveren, geçici işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırmakla mükellef kılınmıştır (m. 7/9-d). Eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler esasında yasa taslağında bulunmamışsa da, söz

⁹⁶ EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 205; CİVAN, s. 366.

⁹⁷ EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 202.

konusu yükümlülüğe sonradan isabetli bir şekilde Kanun metninde yer verilmiştir.⁹⁸

Geçici işverenin eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin olarak Kanundan doğan bir başka yükümlülük, 7'nci maddenin 10'uncu fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca *“Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz.”*

Yasada yer verilmiş *sosyal hizmet ve temel çalışma koşulları* kavramları, kavramın net olmaması nedeniyle öğretilerde sıkça eleştirilmiştir.⁹⁹ Genel olarak uzlaşılan görüş, sosyal hizmet kavramının Avrupa Birliği'nin ilgili Direktifinde düzenlendiği üzere¹⁰⁰ temel çalışma koşullarının dışında kalan beslenme, çocuk bakımı, kantin, yemekhane gibi hizmetlerin eşitlik kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.¹⁰¹

Avrupa Birliği Direktifinin 5'inci maddesinde, geçici işverenin çalıştıracığı geçici işçiye sunacağı genel çalışma koşullarını belirlerken, geçici işçi ile arasında bireysel ve özel istihdam bürosundan bağımsız bir iş ilişkisi kursaydı söz konusu işçiye hangi çalışma koşullarını sağlayacak ise o yönde hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Direktifte yer verilen genel çalışma koşulları kapsamına ise, çalışma süresi, ara ve dinlenmeler, fazla çalışmaya ilişkin hükümler girmektedir (m. 3).¹⁰² Bu nedenle kanaatimizce geçici işveren, kendi işçilerine sunacağı imkanları geçici işçiye de sunmakla mükelleftir, meğerki emsal şartlarda çalıştıkları yönünde bir değerlendirme yapılabilsin.

SONUÇ

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçinin tek ve gerçek işvereni özel istihdam bürosudur. Bununla birlikte işçi, iş görme edimini geçici ve sınırlı bir süreyle kendisini çalıştıran işverene ifa etmektedir. Nitekim

⁹⁸ AKIN, Levent, Emeğin Hukuku Kurultayı – 2, (Özel İstihdam Bürolarına İlişkin Konuşması), Ankara, 2016, s. 57-58.

⁹⁹ SÜZEK, s. 294; BASKAN, s. 29.

¹⁰⁰ Direktifin ilgili hükmünün detaylı değerlendirmesi için bkz. CİVAN, s. 367 vd.

¹⁰¹ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 254; EKMEKÇİ/ YİĞİT, s. 202; BASKAN, s. 203 vd.

¹⁰² ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 255.

işçinin büroya karşı iş görme sorumluluğunun konusunu bu hizmeti oluşturmaktadır. Kendi işyerinde yürütülen bir faaliyet olması nedeniyle geçici işçi çalıştıran işverenin de çalıştırdığı bu işçi üzerinde bir yönetim hakkı bulunmaktadır. Yönetim hakkı kapsamında işin yürütülmesine ilişkin konularda işveren, geçici işçiye çeşitli emir ve talimatlarda bulunabilecektir.

İşçinin iş görme edimine karşılık alacağı en temel hak, ücrettir. Kural olarak işçinin iş akdiyle bağlı olduğu işveren özel istihdam bürosu olduğundan, işçinin ücretlerinden de büro sorumlu olacaktır. Öte yandan işçilerin korunabilmesi amacıyla mevzuatta bazı düzenlemeler öngörülmüş, özel istihdam borcunun işçiye ücret ödemesi yapmadığı takdirde belirli şartların sağlanması sonucunda geçici işçi çalıştıran işverene bu sorumluluk yüklenmiştir.

Geçici işçi çalıştıran işveren, kendisine iş gücü temin etmesi karşılığında özel istihdam bürosuna bir hizmet bedeli ödemekle mükelleftir. Bu hizmet bedeli ve aralarındaki diğer hususlar, geçici işveren ile özel istihdam bürosu arasında imzalanacak geçici işçi sağlama sözleşmesinde yer alacaktır.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde en çok tartışılan konulardan biri, geçici işçiye eşit muamele ilkesine ilişkindir. İş Kanununun ilgili hükmünde geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamayacağı öngörülmüştür (m. 7/9). Öğretide eşitlik ilkesine ücret konusunun dahil olup olmadığı konusunda bir uzlaşma yoktur. Zira yasa hükmünde ücrete ilişkin herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Bununla beraber mehaz AB Direktifinde eşitlik ilkesine eşit ücretin de dahil olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce de ücretin eşit muamele kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde sıkça tartışılan bir diğer husus, işçilerin çalışmadıkları dönemde ücrete hak kazanıp kazanamayacaklarına ilişkindir. Yasamızda işçilerin özel istihdam bürosu tarafından çalıştırılmaksızın bekledikleri sürelerde çeşitli sosyal imkanlardan faydalanabilmeleri mümkün kılınmış ancak bu dö-

nemde ücret alacağıının bulunup bulunmadığına yer verilmemiştir. Kanunimizce işçinin çalışmaya hazır beklemesi ve halen iş akdiyle özel istihdam bürosuna bağlı olması nedeniyle asgari de olsa bir ücrete hak kazanması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- AKIN, Levent, Emeğin Hukuku Kurultayı – 2, (Özel İstihdam Bürolarına İlişkin Konuşması), Ankara, 2016, s. 50-62.
- AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya, “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Ocak 1999, s. 130-149.
- AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Ankara, 2020, (Ders Kitabı).
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2021, (İş Hukuku).
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara, 2015.
- BASKAN, Esra, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, GÜHFD, Cilt: 21, Sayı: 2, 2017, s. 3-46.
- CIVAN, Orhan Ersun, “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, AÜHFD, Cilt: 66, Sayı:2, 2017, s. 311-397.
- ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Baskı, İstanbul, 2020.
- DAVIES, Anne, “The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work in the UK: A Missed Opportunity”, European Labour Law Journal, Cilt: 1, Sayı:3, 2010, s. 307-331, (Directive).
- DAVIES, Anne, Employment Law, Harlow, 2015, (Employment).
- EKMEKÇİ, Ömer, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:2, 2004, s. 367-382.
- EKMEKÇİ, Ömer/ YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, 2020.
- ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara, 1978.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim/ BASKAN, Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2020.
- GÜZEL, Ali/ HEPER, Hande: “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdamda, Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 1, 2017, s. 11-58.

- HEKİMLER, Alpay, “Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulacak Geçici İş İlişkileri Kapsamında İşçilerin Sendikal Örgütlenme Hakkı Üzerine”, İSGHD, Cilt: 14, Sayı: 53, 2017, s. 59-76.
- HORTON, Rachel/ COUNTOURIS, Nicola, “The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?”, ILJ, Cilt: 38, Sayı: 3, Eylül 2009, s. 329-338.
- KORKMAZ, Fahrettin/ ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2019.
- KREMP, Pascal/ BASFELD, Till, “Chapter 5: Agency Workers”, Key Aspects of German Employment and Labor Law, s. 53-60.
- KRÜGER, Laura, “Temporary Agency Workers ‘Temporarily’: A European and German Interpretation of the Notion ‘Temporarily’”, European Labour Law Journal, Cilt: 7, Sayı: 4, s. 576-588.
- MITLACHER, Lars, “The Role of Temporary Agency Work in Different Industrial Relations Systems – a Comparison between Germany and the USA”, British Journal of Industrial Relations, 45:3 Eylül 2007, s. 581-606.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2020.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2013.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi/ ŞAHİN EMİR, Asiye, “Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi Kapsamında Çalışan İşçiler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 43, 2020, s. 234-253.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2019.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2020.
- TAŞKENT, Savaş/ KURT, Dilek, “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, Kamu-İş Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2013, s. 1-8.
- UŞAN, M. Fatih/ ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, 2020.

YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

YİĞİT, Esra, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, İstanbul, 2019.



TEHLİKE SUÇU VE ZARAR SUÇU ARASINDAKİ SUÇLARIN İÇTİMAİ KONUSUNUN UZLAŞTIRMA KURUMU BAKIMINDAN SONUÇLARI

Arş. Gör. Dr. Osman Gazi ÜNAL*

Öz

Tehlike bir kimsenin veya bir nesnenin varlığını, güvenliğini tehdide maruz bırakan ve bir zarar ihtimalini gösteren bir durumdur. Bu kavramlar arasında kurulan ardışık ilişki, özellikle tehlike suçları ve zarar suçlarında, suçların içtimaî hükümlerinin uygulanabilirliği yönünden önemli sonuçlara neden olmaktadır. Yargıtay'ın içtihatlarına bakıldığında ise bir anlayış değişikliği söz konusudur. Önceki içtihatlarda, "trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokma" suçuyla birlikte bir zarar suçu olan "taksirle yaralama" suçu gerçekleşmişse farklı neviden içtima hükmü uygulanmaktaydı. Buna karşılık Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarına bakıldığında konunun, asli norm-tali norm ilişkisine göre çözümlendiği görülmektedir. Bu çalışmada tehlike ve zarar kavramları, Yargıtay'ın zamanla değişen içtihatları çerçevesinde tehlike ve zarar suçları arasındaki içtima hâli ve bu değişikliğin uzlaştırma kurumu bakımından sonuçları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tehlike Suçları • Zarar Suçları • Asli Norm-Tali Norm İlişkisi • Farklı Neviden Fikri İçtima • Uzlaştırma

* Dr. Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı | Asst. Prof., Research Assistant Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Criminal Law and Law of Criminal Procedure, Ankara, Turkey.

✉ osman.unal@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0002-3101-0645

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÜNAL Osman Gazi, "Tehlike Suçu ve Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimaî Konusunun Uzlaştırma Kurumu Bakımından Sonuçları", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 859-902.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE CONSEQUENCES OF THE AGGREGATION OF OFFENCES IN TERMS OF ENDANGERMENT OFFENCES AND DAMAGE OFFENCES WITH REGARD TO THE RECONCILIATION

Abstract

Danger is a situation that threatens the existence and security of a person or an object and indicates a possibility of damage. The sequential relationship established between these concepts has important results from the point of the applicability of provisions on aggregation of offences, and especially for endangerment and damage offences. When the case law of the “Supreme Court” is examined, a change of understanding is identified. Previously, if the offence of “intentionally endangering traffic safety” and the offence of “reckless injury” were committed by one single act, provision on conceptual aggregation was applied. Recently, it is considered pursuant to the primary-secondary norm relationship. In this study, the related concepts, the issue of how to apply provisions on aggregation for these offences, considering the case law of the Supreme Court, and results of the change in case law, in the concept of reconciliation will be examined.

Key Words

Endangerment Offences • Damage Offences • Primary-Secondary Norm Relationship • Conceptual Aggregation • Reconciliation

GİRİŞ

Tehlike suçlarının zarar suçlarıyla birlikte işlenmesi suçların içtimaı sorununu beraberinde getirmektedir. Bu sorunun değerlendirilmesinden evvel tehlike ve zarar kavramları arasındaki ilişkiye değinilmelidir. Tehlike suçları ve zarar suçlarının tanımları da bu bağlamda önemlidir. Kavramsal ilişki aynı zamanda bu içtima sorununu çözümlenmede ileri sürülen bir görüşün açıklanmasına da hizmet etmektedir. Bu görüşler ve 5237 sayılı TCK'nın benimsemiş olduğu sistem arasındaki farklılıkları, yalnızca maddi ceza hukuku alanında kendisini göstermez. Ceza muhakemesi alanında özellikle bir muhakeme şartı olan uzlaştırma kurumu bakımından önemli sonuçların olduğu görülmektedir. Yargıtay içtihatlarına bakıldığında zamanla gelişen bir yaklaşım değişikliği göze çarpmaktadır. Maddi ceza hukuku alanında görülen bu içtihat değişikliği uzlaştırma kurumunun uygulanmasına da yansımıştır. Öte yandan,

7188 sayılı Kanunla¹ getirilen düzenlemeler uyarınca uzlaştırma kurumunun uygulanması genişletilmiştir. Özellikle toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu tehlike suçları yanında zarar suçlarının işlenmesiyle uzlaştırma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununun da bu çerçevede ele alınması gerekmektedir.

I- TEHLİKE VE ZARAR KAVRAMLARINA GENEL BAKIŞ

“Büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum” ya da gerçekleşme ihtimali bulunan fakat istenmeyen sakıncalı durum” tehlikeyi ifade eder². Bu tanım aynı zamanda zarar tanımını da içermektedir. Kelime anlamı olarak zarar, “bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz sonuç, dokunma, ziyan, mazarrat” şeklinde tanımlanmaktadır³. Genel olarak bir nesnenin yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, kullanılamaz hâle getirilmesi, bozulması veya kirletilmesi zarar olarak nitelendirilmektedir ki TCK m. 151 hükmünde yer alan mala zarar verme suçu bunun en açık örneğini teşkil eder.

Esasında zarar kavramıyla ilk olarak ekonomik bir zarar anlaşılmaktadır⁴. Fakat ceza hukuku dahilinde zarar kavramı örnek olarak mala zarar verme suçunda olduğu üzere yalnızca parasal bir ölçüme tabi tutulan ekonomik bir zararı ifade etmez. Bir nesne veya fiziki varlık üzerinde gerçekleşen olumsuz bir değişim zararı belirtmektedir. Buradaki zarar dar anlamlı, maddi bir zarardır⁵. İşaret edilmelidir ki her maddi

¹ Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG: 30928, 24.10.2019.

² Türk Dil Kurumu Sözlüğü, “Tehlike”, Erişim, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58b7c811811a51.39745308, 11.06.2021.

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, “Zarar”, Erişim, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58b7c819ba33d6.42166631, 11.06.2021.

⁴ Örneğin, 5018 Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 71. maddesinde kamu zararı kavramı aynen şu şekilde ifade edilmiştir: “Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.”

⁵ Kişinin iradesi dışında malvarlığında ortaya çıkan azalmaya maddi zarar denilmektedir. Maddi zarar; malvarlığı, azalma ve zarar gören kişinin iradesi dışında gerçekleşmesi olmak üzere üç unsurdan müteşekkildir. Bkz. EREN Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017, s. 543.

zarar, bir nesne veya fiziki varlık üzerinde tesir eden olumsuz bir değişimi göstermeyecektir⁶. Ceza hukuku bakımından zarar kavramı ise gerek haksız fiil sonucu meydana gelsin gerekse sözleşme dolayısıyla meydana olsun, maddi zarar kavramına nazaran daha dar kapsamlıdır. Manevi zarar kural olarak maddi ceza hukuku bağlamında dikkate alınan bir zarar türü değildir⁷.

Zarar, dış dünyada vuku bulan bir durum değişimi olduğundan gözlemlenmesi kolay bir olgudur. Ceza hukukunda somut bir şekilde ortaya çıkmadıkça zarardan söz edilmeyecektir⁸. Bu bağlamda zararın tespiti, ampiriktir. Buna karşılık tehlike ise genel anlamda bir zarar potansiyelini ifade eden bir kavramdır. Bu potansiyelin ne ölçüde olduğu noktasında bir şüphe söz konusudur. Çünkü tehlikenin aynı zarar gibi dış dünyada fark edilebilir bir değişim olduğunun şüpheli kalmasından bahsedilmektedir⁹. Bu bakımdan zarara yakınlık noktasında bir araştırma yapılsa da, hangi tehlikenin ceza hukuku boyutuyla ele alınabileceği konusunda normatif bir yaklaşım sergilenmiştir.

Kavramların sözlük anlamları incelendiğinde aralarında ardışık bir ilişkinin olduğu görülecektir¹⁰. Diğer bir ifadeyle, tehlikenin bir veya

⁶ Nitekim maddi zarar, sözleşmenin kurulamamasından veya geçerlilik kazanmamasından doğan menfi zarar olarak karşımıza çıkarken, müspet zarar ise sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan zararı ifade etmektedir. Bkz. EREN, s. 552.

⁷ Suç aynı zamanda haksız bir fiildir. Bu bakımdan manevi zararlar zaten özel hukuk uyuşmazlığı dahilinde çözümlenecektir. Buna karşılık ceza muhakemesinde tazminat istemi başlıklı CMK m. 141 hükmünde ve bir muhakeme şartı olan uzlaştırma kapsamında manevi zararların da istenebileceğinden söz edilmelidir.

⁸ Yargıtay'ın hükmün açıklanmasının geri bırakılması bağlamında vermiş olduğu bir karar bu yödedir: "*CMK'nın 231/6-c maddesinde belirtilen zarar kavramı, somut (maddi) zarara ilişkin olup, manevi nitelikteki zararı kapsamaması ve sanığın konut dokunulmazlığını bozma eylemi sonucunda somut bir zararın oluşmaması karşısında, suçtan oluşan zararın giderilmediği şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi...*", (Yargıtay 22. CD, 2015/11790E., 2016/6139K. sayılı ve 18.04.2016 tarihli kararı), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 12.06.2021.

⁹ DEMUTH Heinrich, *Der normative Gefahrbegriff*, Bochum, 1980, s. 17.

¹⁰ Bu kavramlar arasında ardışık ilişki olduğunu belirten görüş için bkz. BASSENGE Peter, "*Der Allgemeine Strafrechtliche Gefahrbegriff und Seine Anwendung im Zweiten Teil Des Strafgesetzbuches und In den Strafrechtlichen Nebengesetzen*", Dissertation, Friedrich-Wilhelms Universität, 1961, s. 18.

birkaç adım sonrası zararı belirtmektedir¹¹. Her ölümden önce bir ölüm tehlikesinden bahsediliyorsa her zarara takaddüm eden bir tehlikeden söz edilmelidir¹². Olumsuz olarak algılansa da tehlikenin arzu edilme- yen zarar neticesini önceden haber vererek uyarıcı bir işlev gördüğü noktasında herhangi bir kuşku yoktur. Bu uyarıcı işlev sayesinde kişi, zarar ve tehlike konusunda bilgi sahibi olarak kendisini savunabilme imkânına kavuşmuş olur.

Her ne kadar tehlike ve zarar kavramları arasında ardışık bir iliş- kiden bahsediliyorsa da bu durum, yalnızca ardışıklık çerçevesinde açıklanamaz. Doktrinde tehlikenin bir zarar imkânı veya bir zarar ihtim- mali olduğunu belirten birtakım görüşlere rastlamak mümkündür. İmkân bir olgunun meydana gelmesinde herhangi bir engelin bulun- mamasını ifade ettiğine göre, ihtimal bunun daha fazlasına karşılık ge- lir¹³. Tehlike, basit bir zarar imkânını değil, bilakis kuvvetli bir imkânı, yani ihtimali beraberinde getirmelidir¹⁴. Tehlikenin bir zarar ihtimali olarak anlaşılması, yani yalın imkân kapsamında mütalaa edilmesi, tehlike kavramının öngörülemez ölçüde genişlemesine neden olur. Doktrindeki hâkim görüşe göre tehlike, bir zarar ihtimalidir. Nitekim, bir zarar imkânının henüz bir tehlike oluşturmadığına işaret edilmekte- dir¹⁵. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında, tehlikenin bir zarar ihtimali olduğunu belirtmiştir¹⁶.

Her somut olayın koşullarının birbirinden farklılık arz etmesi, teh- likenin belirlenmesinde de bir zorluk yaratmaktadır. Çünkü zarara ma- ruz kalma ihtimali, imkânsızlıktan zararın kat'i oluşuna kadar farklı

¹¹ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 350.

¹² EREM Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 13. Baskı, Cilt: 1, Ankara, 1995, s. 542.

¹³ DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1998, s. 6.

¹⁴ EREM, s. 289.

¹⁵ DEMUTH, s. 101.

¹⁶ "Çağdaş hukukta tehlike olasılıktan başka bir şey değildir, zarar doğurmaya elverişli tehlike, korunan hukuksal değeri bozabilecek nitelikte bulunduğu takdirde tehlike doğmuş ve buna bağlı olarak da suç oluşmuş bulunacaktır." (YCGK, 2007/8-244E., 2008/92K. sayılı ve 29.04.2008 tarihli kararı), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 12.06.2021.

şekillerde tezahür eder. Zarar ihtimalinin söz konusu olduğu ve gerçekten iyi belirlenmiş bir sınır henüz çizilememiştir¹⁷. Karşılaşılan tüm zorluklara rağmen tehlikenin bir zarar ihtimali olmadığından bahsedilemez. Tehlike, kat'i surette belirlenemiyor olsa dahi hâkime en azından doğru bir hareket noktası sunmak gerekir¹⁸. Bu bakımdan, kanaatimizce; ortalama, makul, objektif bir gözlemcinin yaşamdan elde ettiği tecrübe dolayısıyla fiil anındaki şartlar nazara alınarak bir zarar ihtimalinden bahsedilmelidir. Bu kanaat kavramın açıklanmasında bir temel teşkil eder.

II- TEHLİKE KAVRAMININ MADDİ CEZA HUKUKUYLA BAĞLANTISI

Tehlike kavramıyla zorunluluk hali, teşebbüs veya diğer maddi ceza hukuku kurumlarına bir kısım açıklama getirilse de kavramın temel olarak maddi ceza hukuku ile bir bağlantısının kurulmasına ihtiyaç vardır. Maddi ceza hukukundaki izin verilen risk kavramı, bu temel bağlantının kurulmasında rehberlik etmektedir.

Ulaşım, tıp, nükleer santral ve tesisler, uzay araştırmaları, madencilik, endüstri ve inşaat gibi faaliyetler; bünyelerinde tehlike ihtiva etse de toplumsal yarar açısından bir zorunluluk arz eder. Bu faaliyetlerin hukuki değerleri ihlal etmeden gerçekleştirilmeleri mümkün olmamasına rağmen, icralarının bırakılmasından da vazgeçilememektedir. Bu bakımdan izin verilen risk kavramı, tehlike veya zarar doğuran fakat hukuken müsaade edilen bazı hareket alanlarının temin edilmesini benimsemektedir¹⁹. Hukuk düzeni bu alanda gerçekleşen hareketlere cevaz verir. İzin verilen risk alanı içerisinde icra edilen faaliyetlerde mahiyet itibarıyla bir tehlike vardır. Bu faaliyet çerçevesinde kişilerin yaşam, vücut, sağlık veya malları bakımından somut tehlike meydana gelse dahi ortada hukuk düzeninin cevaz verdiği bir tehlikenin varlığından bahsedilir. Dolayısıyla, öngörülebilir veya sakınılabılır olmalarına rağmen özenli bir şekilde hareket edilen veya edilmesi amaçlanan bir alan-

¹⁷ PÜTZ Willy, "Der Gefahrbegriff im Strafrecht", Dissertation, Universität Köln, 1936, s. 13.

¹⁸ PÜTZ, s. 16, 17.

¹⁹ ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, s. 11.

da toplumdaki diğer bireyleri tehlikeye maruz bırakmak tamamen yasaklanmamakta, her ne kadar sonuçları istenmese de bir “izin verilen risk alanı” oluşturulmaktadır²⁰. Bu alan, bir kısım güvence normlarıyla oluşur. Bu normlara uyulduğu takdirde, gerçekleşen tehlike veya zarar faile isnat edilemeyecektir.

Maddi ceza hukuku anlamında faile isnat edilebilen bir tehlike söz konusu olacaksa bu zarar ihtimalinin, izin verilen riskin sağlamış olduğu alanı aşması gerekmektedir²¹. İzin verilen risk aşılmıyorsa ortada hukuk düzeninin müsaade etmediği bir tehlikeden söz edilemez. Bu bağlamda kanaatimizce izin verilen riski aşan tehlike, “kuvvetli” bir zarar ihtimalidir. Aksi durum ceza hukukunun son çare olma (ultima ratio) ilkesine aykırılık oluşturur²².

III-ZARAR VE TEHLİKE SUÇLARI AYRIMINA KISA BİR BAKIŞ

Önemle belirtilmelidir ki, korunan hukuki değerler, kabul gördüğü üzere ideal, soyut ve manevi yönü olan değerlerdir. Bu yüzden korunan hukuki değerler tehlikeye düşürülmezler ve zarara maruz bırakılamazlar²³. Korunan hukuki değer ile suçun konusu arasında bir ilişki mevcut olsa²⁴ dahi, bunların aynı şey olduğundan bahsedilemez. Doktrinde, korunan hukuki değere göre bu ayrımın yapılması gerektiği savunulsa²⁵ da bu fikre katılmamaktayız.

²⁰ ÜNVER, s. 353.

²¹ SCHÜNEMANN Brend, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. Juristische Arbeitsblätter, 1975, s. 796.

²² Doktrinde bir görüş aranan “kuvvetli” ihtimalin tehlike kavramını dar bir kapsama sokacağını ifade etmiştir. Bkz. DARAGENLİ, s. 8, 9; Buna karşılık ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun olarak ihtimalin “kuvvetli” olması gerektiğine değinilmiştir. Bkz. AYNURAL Ömer Metehan, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3), İstanbul, 2018, s. 12.

²³ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2020, s. 175; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 117; ERSOY Uğur, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 41, 2020, s. 33.

²⁴ Bu ilişkinin düşünce-görünüm ikilemi çerçevesinde olduğunu savunan görüş için bkz. JESCHECK Hans-Heinrich., WEIGEND Thomas, Lehrbuch des Strafrechts: AT. 5. Auflage. Berlin, 1996, § 26, s. 260.

²⁵ Ayrımı, korunan hukuki değer üzerinden yapan görüş için bkz. ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul, 1989, s. 529; EREM, s. 542; DARA-

Suçun konusu, kural olarak suçun kanuni tanımında yer alan “hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şeydir, diğer bir deyişle “kişinin veya eşyanın cismani” yönüdür²⁶. Her suçta bir konu var olduğundan konusuz bir suçtan bahsedilemez. Bu bağlamda tehlike ve zarar suçları ayırımının suçun konusu üzerinden yapılması gerektiği ifade edilmelidir. Suçun konusunun fiilden etkilenme yoğunluğuna göre suçlar zarar suçları ve tehlike suçları olmak üzere iki kısımda incelenmektedir²⁷. Hem Türk ceza hukuku doktrininde hem de Alman ceza hukuku doktrininde hâkim görüş, tehlike ve zarar suçları ayırımının suçun konusu üzerinden yapılması gerektiğini savunmaktadır. İlaveten TCK’nın 61. maddesinin 1. fıkrasının d bendindeki “suçun konusunun önem ve değeri” ile aynı fıkranın e bendindeki “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” ibarelerini birlikte değerlendirdiğimizde zarar veya tehlikenin suçun konusu üzerinde meydana geldiği sonucuna ulaşılabilir²⁸.

Suçun konusu üzerinde bir zarar gerçekleşiyorsa **zarar suçundan** bahsedilir. Mala zarar verme suçu bunun örneğini oluştursa da hırsızlık ve zimmet suçları da zarar suçları kapsamındadır. Hırsızlık suçunda mal üzerinde bir zarar oluşmamişsa da suçun kanuni tarifinde başkasına ait eşyanın failin zilyetliğine geçmesinin zarar olarak görüldüğü anla-

GENLİ, s.32; ÖZEN Muharrem, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara, 2010, s.7; DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2021, s. 261.

²⁶ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN M. Emin, ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2020, s. 376; ÖZGENÇ, s. 219; ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 196.

²⁷ JESCHECK, WEIGEND, § 26, s. 263.

²⁸ Buna karşılık, meşru savunma (TCK m. 25, f. 1) ve zorunluluk hâlinde (TCK m. 25, f. 2) saldırının veya tehlikenin hakka yönelmesinin esasen hukuki değer olarak görüldüğü akla gelebilir. Ancak madde düzenlemesindeki saldırının veya tehlikenin hakka, daha doğru bir ifadeyle hukuki değere yönelmesini bir hukuki değer ihlali olarak görmek gerekir. “Genel Tehlike Yaratan Suçlar” başlığı altında düzenlenen bazı suç tiplerinde de benzer durum söz konusudur. Burada da tehlikenin hayat, sağlık veya malvarlığı üzerinde ortaya çıktığından hareketle tehlikenin hukuki değer üzerinde meydana geldiği ileri sürülse de somut olayda bunların hareketin yöneldiği konu üzerine yöneldiği barizdir. Başka bir deyişle toplumdaki bireylerin yaşamı, sağlığı veya malı açısından; yani suçun konusu yönünden bir tehlikeye düşürmeden bahsedilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL Osman Gazi, “Türk Ceza Hukuku’nda Tehlike Suçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020, s. 149.

şılmaktadır²⁹. Yine öldürme ve yaralama suçları da zarar suçlarına örnek oluşturur³⁰.

Haksızlık oluşturan hareketin sonucu olarak zarara maruz bırakma tehlikesinin yeterli olarak kabul edildiği suçlara tehlike suçları adı verilmektedir³¹. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun toplumun gelişen ve sürdürülebilir ihtiyaçları karşısında suçun konusu üzerinde bir zarar tehlikesinin gerçekleşmesini bir hukuki değer ihlali olarak gördüğü suçlar, tehlike suçlarıdır. Tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde bir zarar ihtimali belirir. Böylelikle bazı hukuki değerlerin daha güçlü bir şekilde korunması amaçlanmış ve suçun konusu bakımından tehlikenin vuku bulması cezalandırma için yeterli kabul edilmiştir.

Tehlike suçları, **somut tehlike suçları** ve **soyut tehlike suçları** olmak üzere iki kısımda incelenmektedir³². Yapılan bu ayırım tehlikenin meydana gelip gelmemesi ve hâkimin araştırma yapıp yapmaması kaynaklıdır³³.

Genel olarak somut tehlike suçları norma aykırılık taşıyan davranışın suçun konusu bakımından tehlike oluşturduğu fikrini temel alır. İlgili olayda tehlikenin ancak somutlaştığı takdirde bu davranışın cezaya layık olduğunu belirtir³⁴. Somut tehlike suçlarında suçun konusu açısından bir tehlike meydana gelmelidir. Bu suçlarda somut bir tehlikenin oluşup oluşmadığı hâkim tarafından araştırılır. Bu araştırma yapılırken

²⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 118.

³⁰ ÖZGENÇ, s. 221.

³¹ JESCHECK, WEIGEND, § 26, s. 264.

³² Alman ceza hukuku doktrininde bu iki suç kategorisi arasında “soyut-somut tehlike suçları”, “elverişlilik suçları”, “potansiyel tehlike suçları” olarak yeni bir kategori daha mevcuttur. Türk ceza hukuku doktrininde de son yıllarda bu suç kategorisine yer verme eğilimi doğmuştur. Nitekim, bu yeni tehlike suçu kategorisi, soyut tehlike suçlarını sınırlamak amacıyla ortaya atılmıştır. Bu sınırlama yaklaşımının Türk ceza hukuku içerisinde bir karşılığı olduğundan bahsedilemez. Sonuç olarak kanaatimizce, bu iki tehlike suçu kategorisi arasına yeni bir kategori eklemeye gerek yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, s. 307 vd.

³³ ÜNAL, s. 193.

³⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 119.

fiil anındaki koşullar, yani ex ante metodu dikkate alınır³⁵. Ortaya çıkan tehlike ile failin icra ettiği fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır³⁶. Ayrıca yaratılan tehlike failin fiilinin eseri olmalıdır.

Türk ceza hukuku doktrininde hâkim görüş, somut tehlike suçlarında tehlikenin gerçekleşmesini netice kapsamında mütalaa etmektedir³⁷. Azınlıkta kalan diğer görüş ise bu suçlarda tehlikenin meydana gelmesini objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eder³⁸. Yargıtay içtihatlarına bakıldığında somut tehlike suçlarında tehlikenin meydana gelmesinin bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak algılandığı aşikârdır³⁹. Kanaatimizce bu suçlarda tehlikenin ortaya çıkması netice olarak telakki edilmemeli, bilakis objektif cezalandırılabilme şartı olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla işlenen fiil haksızlık oluştursa da fail yalnızca tehlike gerçekleştiği takdirde cezalandırılacaktır. Böylelikle kastın somut tehlikeyi ihtiva etmesi gerekmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, failin gerçekleştirdiği fiilin sonucunun tehlike oluşturup oluşturmayacağını bilmesi, önemsiz hâle gelecektir. Ayrıca somut tehlikenin meydana gelmesinin objektif cezalandırılabilme şartı olmasıyla bu suçlara teşebbü-

³⁵ YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 5417; ERSOY, s. 38; ÜNAL, s. 220 vd.

³⁶ ÖZGENÇ, s. 229.

³⁷ ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Ankara, 2018 s. 218; ÖZBEK vd, s. 212; HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*. 21. Baskı. Ankara, 2017, s. 183; AKBULUT Berrin, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 215, 346; DEMİRBAŞ, s. 261, ERSOY, s. 43; ÖZEN, s. 13; Alman ceza hukukunda da somut tehlikenin bir netice olduğu yönünde bir fikir birliği mevcuttur. Bkz. JESCHECK, WEIGEND, § 26, s. 264; HEINRICH Bernd, *Ceza Hukuku: Genel Kısım I*, Ankara, 2014, s. 93; DEMUTH, s. 19.

³⁸ ARTUK vd., s. 379; ÖZGENÇ, s. 223; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 120; EGEMENOĞLU Alaaddin, *Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu (TCK m. 170/1)*, Ankara, 2017, s. 108, vd.

³⁹ "5237 sayılı TCK'nın 170. maddesinde düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun, somut tehlike suçu olup, somut tehlikenin objektif cezalandırma şartı olduğundan, sanığın hareketinin de bölünmesine olanak bulunmaması karşısında suça teşebbüs edilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı yönündeki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının görüşüne iştirak edilmemiştir." (Yargıtay 16. CD, 2017/1749E. 2017/4575K. sayılı 23.06.2017 tarihli kararı), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 17.06.2021.

sün cezalandırılmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır⁴⁰. Şayet bu haksızlığın başlı başına cezalandırılması gerekiyorsa bu noktada soyut tehlike suçları devreye girecektir. TCK'nın 170. maddesinin 1. fıkrası ile 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 217, 220, 309. maddelerinde belirtilen suçlar somut tehlike suçlarıdır.

Soyut tehlike suçlarında ise kanun genel olarak tehlikeli gördüğü fiiller cezalandırılmaktadır. Haksızlık teşkil eden bu fiiller başlı başına tehlikeli addedildiğinden somut bir tehlikenin ortaya çıkmasına gerek bulunmamaktadır⁴¹. Böylelikle suçun konusu üzerinde tehlikenin meydana gelip gelmediği noktasında bir araştırma yapılmayacaktır⁴². Kanun koyucu burada tehlike hâlinin araştırılmasını hâkime bırakmamıştır. Suçun konusu bakımından bir tehlike ortaya çıkmasa da burada bir hukuki değer ihlalinden bahsedilmelidir. Bu suçlar, belli davranış biçimlerinin suçun konusu üzerinde genel manada tehlikeli olduğuna vurgu yaparak kanuni bir uyarıyı gündeme getirmektedirler⁴³. Buna ek olarak, izin verilen risk alanını sağlayan güvence normlarına başlı başına aykırılığın cezalandırılması soyut tehlike suçlarıyla mümkün olmaktadır. TCK'nın 97, 98, 106, 214, 267 ve 272. maddelerinde belirtilen suçlar, soyut tehlike suçu olarak telakki edilir.

IV- TEHLİKE VE ZARAR SUÇLARI ARASINDA SUÇLARIN İÇTİMAYA İLİŞKİN HUSUSLAR

A- GENEL OLARAK

Tehlike suçları ve zarar suçları ayrımının birtakım sonuçları vardır. Ayrımın sonuçları bilhassa manevi unsur ve teşebbüs konularında kendisini göstermektedir. Yapılan ayrım, ceza hukuku kurumları temelinde her iki suçun birbirleriyle ilişki kurmasına da neden olmaktadır. Bu ilişki; genel olarak nitelikli unsurlar, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar ve suçların içtimai bakımından gündeme gelmektedir.

Tehlike suçları ile zarar suçları arasında suçların içtimai hükümlerinin uygulanmasında genel kurallar geçerlidir. Ancak tek hareketle

⁴⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 120.

⁴¹ HEINRICH, s. 94.

⁴² ÖZGENÇ, s. 228; ÖZBEK vd., s. 212.

⁴³ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 119.

hem zarar hem de tehlike suçlarının işlenmesi dolayısıyla ilk olarak TCK'nın 44. maddesindeki farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanabileceği akla gelse de bu noktada farklı fikirlerin de geliştiğine dikkat edilmelidir. Özellikle doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında bu durum karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenle tehlike ve zarar suçları arasında farklı neviden fikri içtimanın uygulanması, korunan hukuki değere göre yapılan ayırım ve asli norm-tali norm ilişkisi konularının incelenmesine ihtiyaç vardır. Bunun akabinde, özellikle Yargıtay içtihatları göz önüne alınarak bu ilişkinin uzlaştırma kurumu açısından sonuçlarını incelemek gerekir.

B- DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

1- Farklı Neviden Fikri İçtimayı Savunan Görüş

Belirtildiği üzere TCK'nın ortaya koyduğu sistemde tek hareketle birden fazla farklı suçun işlenmesi hâlinde farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durumda en ağır cezayı gerektiren suç dolayısıyla fail cezalandırılacaktır. Diğer suç bakımından cezalandırma söz konusu olmaz. Böylelikle TCK'nın "**erime sistemi**"ni esas aldığı görülmektedir. Farklı neviden fikri içtima, genel hüküm olduğundan bu kapsamdaki tüm suçlar açısından uygulanabilir niteliktedir⁴⁴. Dolayısıyla bir hareketle hem zarar suçu hem de tehlike suçu işlendiği takdirde farklı neviden fikri içtima hükmü uygulama alanı bulacaktır. Kaldı ki genel güvenliğin kasten tehlikeye sokma suçunu düzenleyen TCK'nın 170. maddesinin gerekçesinde de bu hususa vurgu yapılmıştır⁴⁵. TCK'nın benimsemiş olduğu sistemin bu olduğu belirtilecek tek hareketle hem tehlike hem de zarar suçlarının işlenmesi hâlinde,

⁴⁴ AKBULUT, s. 738.

⁴⁵ "Bu fiillerin işlenmesiyle bir zarar neticesinin meydana gelmesi halinde meydana gelen zarara ve bu zararın meydana gelmesi açısından failin kast veya taksirine göre başka suçlar oluşacaktır. Örneğin, toplumda genel güvenliği tehlikeye sokan bir etki meydana getiren fiiller sonucunda bir veya birkaç kişi ölmüş veya yaralanmış ya da kişiler malvarlığı itibarıyla zarar görmüş olabilir. Bu gibi durumlarda, farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir". (TCK'nın 170. maddesinin gerekçesi).

farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁴⁶.

2- Asli Norm-Tali Norm İlişkisini Savunan Görüş

Doktrinde savunulan bir başka görüş, üstte de belirttiğimiz gibi tehlike ve zarar kavramları arasında ardışık, yani kronolojik ilişki olduğunu ifade ederek zarar suçları ve tehlike suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisi olduğunu ifade etmektedir⁴⁷. Bu görüş uyarınca tehlike suçu, zarar suçu açısından tali normdur⁴⁸. Buradan hareketle soyut tehlike suçu, somut tehlike suçuna nazaran tali norm olarak mütalaa edilir⁴⁹. Nihayetinde tehlike ve zarar suçları arasında farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmayacak, bilakis görünüşte içtima hâli içerisinde olan asli norm-tali norm ilişkisi geçerli olacaktır. Bu görüşe göre, zarar suçunun meydana gelmesiyle artık suçun konusunun tehlikeye düşürüldüğünden söz edilemez ve fail yalnızca zarar suçu dolayısıyla cezalandırılacaktır⁵⁰.

Bundan başka, zarar suçları ile tehlike suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisinin kurulabilmesi için her ikisinin korunan hukuki değerle olan ilişkisinin aynı düzlemde olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵¹. Zarar suçu, tehlike suçunun yaratmış olduğu haksızlık hâlini doldurabiliyorsa bu durumda asli norm-tali norm ilişkisi gündeme gelecektir⁵². Şayet farklı korunan hukuki değerler arasında zarar ve tehlike suçlarının tek hareketle ile işlendiği ileri sürülürse farklı neviden fikri içti-

⁴⁶ ÖZGENÇ, s. 102; GÖKTÜRK Neslihan, Fikri İçtima, Ankara, 2013, s. 239; EGEMENOĞLU, s. 91, 92; DEMİRBAŞ, s. 584; bu iki suç arasında fikri içtimanın aksine, geçitli suç kuralının geçerli olduğunu savunan görüş için bkz. ÖZEN, s. 32.

⁴⁷ ÖNDER, s. 62; HAKERİ, s. 658; ÖZTÜRK, ERDEM, s. 413.

⁴⁸ GÖKTÜRK, s. 237; HAKERİ, s. 658.

⁴⁹ AKBULUT, s. 703.

⁵⁰ Zarara uğratılan şeyin hukuki değer olduğuna değinilmektedir. Bkz. ÖNDER, s. 529.

⁵¹ DOĞAN Koray, "Tehlike Suçu ile Zarar Suçları Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 16, 2014, s. 188; Aynı yönde bkz. AY-NURAL, s. 112; Burada isabetli olarak suçun konusunun aynı olması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bkz. HAKERİ, s. 658.

⁵² DOĞAN, s. 198.

ma hükmünün uygulanabileceğinden bahsedilecektir⁵³. Bu görüş esasında karma nitelikli bir yaklaşım sunmaktadır. Örneğin, şehir merkezinde bulunan evinin yakılması dolayısıyla mağdurun ölümü hâlinde genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu, kasten öldürme suçunun (TCK m. 82, f. 1-c) ve mala zarar verme suçunun (TCK m. 152, f. 2-a) nitelikli unsurları gerçekleşmiş olur. İşlenen suçlarda birden fazla farklı korunan hukuki değer ihlali söz konusu olduğu için farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.

Tehlike suçları ve zarar suçları arasında gündeme gelen asli normal norm ilişkisine örnek olarak trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçu (TCK m. 179, f. 2, f. 3) ve taksirle yaralama (TCK m. 89, f. 1) suçu gösterilmektedir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu için ister somut tehlike suçu olsun (f. 2)⁵⁴ isterse soyut tehlike suçu olsun (f. 3)⁵⁵ yaptırım olarak üç aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁵⁶. Taksirle yaralama suçunun basit şekli ise üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasını gerektirir. Şayet burada farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanırsa sadece trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu dolayısıyla cezalandırma söz konusu olur ve bu durum da doğru olarak kabul edilemez⁵⁷. Bu bağlamda, tehlike suçlarının, bir zarar oluşmamasına karşın cezalandırmayı mümkün kıldığı için cezalandırılabilirlik alanını genişlettiği belirtilmekte ve bu gerekçeyle hem zarar suçu hem de tehlike suçu işlenmişse yalnızca zarar suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği iddia edilmektedir⁵⁸. Kişilerin hayatı, sağlığı veya malı

⁵³ İlgili görüş için bkz. GÖKTÜRK, s. 239.

⁵⁴ Fıkra hükmü aynen şu şekildedir:

"Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

⁵⁵ Fıkra hükmü aynen şu şekilde düzenlenmiştir:

"Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

⁵⁶ Bahse konu ceza miktarının alt sınırı, 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle üç ay olarak belirlenmiştir.

⁵⁷ HAKERİ, s. 659.

⁵⁸ DOĞAN Koray, MERAKLI Serkan, Trafik Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 162.

bakımından tehlike yaratarak trafikte araç sevk ve idare eden kişi, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işlemiş olacaktır. Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişinin fiili de bu suça vücut verecektir. Failin kaza yapmak suretiyle bir kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik bir zarar gerçekleştirdiğinden hareketle asli norm niteliğindeki zarar suçu işlendiği sonucuna ulaşıyorsa yalnızca zarar suçu olan taksirle yaralama suçu yönünden cezai sorumluluk doğar⁵⁹. Böyle bir durumda trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ise geri çekilecek ve fail bu suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır.

3- Karma Görüş

Tehlike suçları ve zarar suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisinin olduğunu savunan görüşe taraftar olan yazarlardan bir kısmı bu ilişkinin her zaman kurulamayacağını ifade etmektedir. Bu bahisle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile taksirle yaralama suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisinin kurulmasının adil olmadığına ve failin daha az ceza alacağına vurgu yapılmaktadır. İlgili görüş uyarınca bahse konu suçlar arasında farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmalıdır⁶⁰. Ancak kasten öldürme, kasten yaralama ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisi söz konusu olacaktır⁶¹. Esasında bu görüş tehlike suçunun yanında zarar

⁵⁹ GÖKCEN Ahmet, "Taksirle Yaralama Suçu", Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan, Ankara, 2020, s. 390; Aynı yönde bkz. YAŞAR; GÖKCAN, ARTUÇ, s. 5538.

⁶⁰ DEMİREL Muhammed, "Karar Analizi: Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi", İÜHF Prof. Dr. Füsün Sokullu'ya Armağan, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s. 1487.

⁶¹ İlgili görüş uyarınca YCGK'nın bir içtihadı eleştiriye tabi tutulmuştur. Münferit olayda köy korucusu olan sanık A, kaleşnikof silahla; diğer sanık S, av tüfeği ile hedef gözetmeksizin Ç ailesi mensuplarının üzerine birçok defa ateş etmiştir. Açılan ateş sonucunda aile mensuplarından üç kişinin yaralandığı anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi, sanıklar hakkında hem kasten yaralama hem de genel güvenliği tehlikeye sokma suçlarından mahkumiyet hükmü kursa da Yargıtay 8. Ceza Dairesi bu hükmü bozmuştur. Daire, tek fiille hem kasten yaralama hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun işlendiğinden bahisle farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiğini, bozma gerekçesinde vurgulamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, sanıkların, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ve mağdur sayısı bakımından işlenen kasten yaralama suçlarından ayrı ayrı

suçunun birlikte işlenmesinde manevi unsur temelinde bir ayrıma başvurmaktadır. Eğer zarar suçu, taksirle yaralama olsaydı bu noktada farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanacaktı. Ancak zarar suçu birden fazla mağdura karşı işlenen kasten öldürme veya kasten yaralama suçu kapsamında ise gerçekleşen tehlike suçunun tali norm kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe karşı çıkan bir başka yaklaşıma göre, birden fazla kişiye karşı tek fiille gerçekleşen kasten yaralama suçunun yanında genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu da gerçekleşmişse, birden fazla kişiye karşı işlenen kasten yaralama suçunda farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanamayacaktır. Kastens yaralama suçunun birden fazla kişiye karşı işlenmesi hâlinde TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında yer alan gerçek içtima hükmü uygulama alanı bulur. Farklı neviden fikri içtima hükmü ise yalnızca kasten yaralama ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu açısından söz konusu olacaktır.

C- YARGITAY İÇTİHATLARINDAKİ DURUM

Tehlike suçları ve zarar suçlarının tek hareketle işlendiği takdirde uygulanacak içtima hükümlerinin Yargıtay içtihatlarına yansıyan yönünü de değerlendirmek gerekir. Yargıtay genel olarak bu durumda farklı neviden fikri içtima hükmünü uygulayarak sorunu çözmektedir⁶². Ör-

rı cezalandırılması gerektiğini belirterek dairesinin kararına itirazda bulunmuştur. İtiraz üzerine, YCGK, salt bir tehlike suçunun işlenmesinden hareketle farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması sonucunda kasten öldürme suçunun yalnızca birinden dolayı failin cezalandırılacağına vurgu yapmıştır. Başka bir ifadeyle, iki kişiye karşı işlenen kasten yaralama suçu bakımından uygulanacak TCK'nın 43. maddesinin, 3. fıkrası mevcutken genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun oluştuğu gerekçesiyle, işlenen iki kasten yaralama suçu açısından da farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı sonucuna ulaşılmıştır. İlgili içtihat için bkz. YCGK, 2010/8-51E., 2010/162K., sayılı ve 06.07.2010 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 22.06.2021. Bu sorunun aşılabilmesi amacıyla genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçunun tali norm olması ve kasten yaralama suçları bağlamında geri çekileceği ileri sürülmektedir. O halde ortada tek bir norm olan zarar suçunun uygulanabileceğinden bahsedilmelidir. Bunun sonucunda icra edilen kasten yaralama suçları açısından TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında yer aldığı üzere gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Bu görüşün ileri sürülme nedeni, bahsi geçen hükme işlerlik kazandırmaktır. Görüş için bkz. DEMİREL, s. 1486, 1488.

⁶² Bkz. EGEMENOĞLU, s. 94.

neğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/713E., 2015/203K. sayılı ve 09.06.2015 tarihli kararında;

“Sanığın eyleminin kasten öldürme suçuna yardım etme ve genel güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçlarını oluşturduğu, TCK’nun 44. maddesi delaletiyle en ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, yerel mahkemece kasten öldürme suçundan beraat, genel güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçundan ise mahkûmiyet hükmü kurulması isabetsiz olup, direnme hükmününün bu nedenle bozulmasına karar verilmelidir.”

Şeklinde belirtmek suretiyle bu hususa işaret etmiştir⁶³. Yargıtay 1. Ceza Dairesi de yakın tarihli bir başka kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun ortaya koyduğu bu içtihadına atıf yapmıştır⁶⁴. Ayrıca, bir başka tehlike suçu olan TCK’nun 177. maddesindeki hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçu ile birlikte taksirle yaralama suçunun işlendiğinden bahisle Yargıtay 8. Ceza Dairesi ise şu şekilde bir içtihadta bulunmuştur:

“Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, kontrol altına alınmasında ihmal gösterilen hayvanın katılanı ısrarak basit tıbbi müdahale gerektirecek biçimde yaralanmasına sebebiyet vermesi şeklinde gelişen olayda, katılanın şikâyetçi

⁶³ YCGK, 2017/713E., 2015/203K. sayılı ve 09.06.2015 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 23.06.2021.

⁶⁴ *“Sanık hakkında genel güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne ilişkin yapılan temyiz incelemesinde; a) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.06.2015 tarih ve 2013/713 Esas, 2015/203 sayılı kararında belirtildiği üzere; sanığın silahla ateş ederek katılanı yaraladığı olayda, TCK’nin 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca, sanığın yalnızca en ağır cezayı gerektiren yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, sanığın ayrıca genel güvenliğinin tehlikeye sokulması suçundan TCK’nin 170/1-c maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi...”* (Yargıtay 1. CD, 2021/1727E., 2021/2789K sayılı ve 02.03.2021 tarihli kararı), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 23.06.2021. Keza Yargıtay 8. Ceza Dairesi de *“İddianame anlatımına göre dava konusu olan sanığın H.’a bir el ateş ederek yaralaması olayında 5237 sayılı TCK’nin 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanık hakkında sadece en ağır cezayı gerektiren yaralama suçundan hüküm kurulması gerekirken, genel güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçundan da ayrıca mahkûmiyet kararı verilmesi...”* demek suretiyle konuyu, asli norm-tali norm ilişkisi dışında değerlendirmiştir. Bkz. Yargıtay 8. CD, 2017/13712E., 2019/8670K. sayılı ve 20.06.2019 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 23.06.2021.

olması ve uzlaşmak istememesi karşısında hayvan sahibi olan hükümlünün eyleminin taksirle yaralama ve hayvanı tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakma suçlarını oluşturduğu ve 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren taksirle yaralama suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,..."⁶⁵

İçtihatlarla bakıldığında konunun TCK'nın ortaya koyduğu sisteme uygun şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Trafik güvenliğini tehlike sokma suçunun işlenmesi suretiyle taksirle yaralama suçunun basit şeklinin gerçekleştiği hâllerde Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin kararlarında zamanla görülen bir değişiklik dikkat çekmektedir. Eski tarihli içtihatlarda konunun farklı neviden fikri içtima hükmü uyarınca ele alındığı anlaşılmaktaydı⁶⁶. Bir başka dairenin eski tarihli içtihadında da her iki suçun işlenmesi bağlamında farklı neviden fikri içtima hükmüne başvurulduğu görülmektedir⁶⁷.

⁶⁵ Yargıtay 8. CD, 2018/11628E., 2019/8717K. sayılı ve 24.06.2019 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 23.06.2021.

⁶⁶ "Yönetimindeki otomobille bölünmüş yolda ters istikamete girerek katılan Kenan'ın sevk ve idaresindeki otomobile çarpıp, mağdurların etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmalarına sebebiyet vermek suretiyle kazaya karışan ve 341 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca 61. madde de nazara alınmak suretiyle yalnızca taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan da mahkumiyetine ve cezalandırılmasına karar verilmesi,..." (Yargıtay 12. CD, 2011/15930E., 2012/177K. sayılı ve 17.01.2012 tarihli kararı), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 23.06.2021. Aynı yönde başka bir içtihat için bkz. Yargıtay 12. CD, 2012/875E., 2012/7400K. sayılı ve 15.03.2012 tarihli kararı, Erişim, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-691#>, 24.06.2021.

⁶⁷ "Işıklı kavşakta araçlara kırmızı ışık yandığı halde aracı ile hareket ederek ve sola dönüş yaparak yaya geçidinin biraz ilerisinden ve yayalara yeşil ışık yandığı sırada geçen mağdura çarpan sanığa atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokmak ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca yalnızca daha ağır cezayı gerektiren trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan dolayı cezalandırılması ile yetinilmesi gerekirken her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2013 yılı itibariyle ortaya koymuş olduğu içtihatlarda taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarının tek fiille işlenmesine rağmen farklı neviden fikri içtima hükmüne yer verilmediği gözlemlenmektedir. Örneğin,

“Olaydan bir saat sonra yapılan ölçümde 166 promil alkollü olduğu tespit edilen sanığın olay tarihinde, meskun mahal sınırları içinde kullandığı aracı ile tali yoldan kontrolsüzce çıkararak katılan ...'ın seyir halinde olduğu ana yolda katılanın aracına çarparak katılanların basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmalarına neden olduğu olayda trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın eyleminin mağdurun şikayetçi olduğu dikkate alındığında zarar suçu niteliğinde olduğu da değerlendirilerek taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan da mahkumiyetine karar verilmesi...”

Şeklinde belirtilmek suretiyle farklı neviden fikri içtimadan ziyade zarar suçuna vurgu yapıldığı anlaşılmıştır⁶⁸. Bu kararda ise tehlike suçları ve zarar suçları arasında kurulduğu ifade edilen asli norm-tali norm ilişkisinin belirgin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁶⁹. Buna karşılık Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/213E. 2014/522K. ve 25.11.2014 tarihli kararında ise konunun farklı neviden fikri içtima hükmüne göre ele alınması gerektiğine değinilmiştir⁷⁰. Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise,

“nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden...” (Yargıtay 2. CD, 2008/22591E., 2009/2621K. sayılı ve 29.01.2009 tarihli kararı), Erişim, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=1507#>, 24.06.2021.

⁶⁸ Yargıtay 12. CD, 2012/29302E., 2013/27438K. ve 02.12.2013 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

⁶⁹ Benzer durum bir Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin bir başka kararında da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 12. CD, 2013/9210E., 2014/1233K. sayılı ve 22.01.2014 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

⁷⁰ *“Sanığın hem trafik güvenliğini tehlikeye sokma hem de taksirle yaralama suçlarından cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Cumhuriyet savcısının, “sanığın eylemlerinin trafik güvenliğini tehlikeye sokmak ve taksirle yaralama suçlarını değil, fikrî içtima kuralı gereği bu iki suçtan yalnızca cezası daha fazla olana oluşturacağı” yönündeki temyiz istemi karşısında, sanığın tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olması ihtimali bulunmakta olup, ceza adaletini sağlamak ve doğru sonuca ulaşabilmek amacıyla her*

“Dairemizin yerleşik uygulamasına göre; taksirle yaralama suçunun zarar suçu, TCK’nın 179/3. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun tehlike suçu olması, her iki suçun birlikte işlendiği hallerde, sanığın hangi suç nedeniyle cezalandırılacağı belirlenirken, suçlar için kanunda öngörülen cezaların ağırlığının değil, zarar suçu-tehlike suçu kriterinin esas alınması, buna göre; sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasının mümkün olduğu ahvalde, sadece taksirle yaralama suçundan cezalandırılması, kovuşturma şartı olan şikayetin gerçekleşmemesi ya da şikayetten vazgeçme nedeniyle taksirle yaralama suçundan cezalandırmanın mümkün olmadığı ahvalde ise, sanığın TCK’nın 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılmasının kabul edilmesi karşısında...”

Şeklinde ifade etmek suretiyle Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bahsi geçen içtihadından farklı yönde bir karar vermiştir⁷¹. 2015 yılından günümüze kadar gelen kararlar incelendiğinde de her iki suç tipi açısından bir görünüşte içtima şekli olan asli norm-tali norm ilişkisi temelinde bir yaklaşım geliştirilmiştir. Ancak, taksirle yaralama suçu bakımından kovuşturulabilirliğin bulunmaması hâlinde, fail bu suç dolayısıyla cezalandırılmıyorsa da trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu dahilinde cezaya tabi tutulacaktır⁷². Bu iki suç tipi ile ilgili olarak zarar suçu ve tehlike suçu arasındaki asli norm-tali norm ilişkisi yönündeki tutum, Yargıtay’ın bir başka dairesinin kararına şu şekilde yansımıştır:

iki suçtan kurulan hükümlerin temyiz incelemesinin birlikte yapılması gerekeceğinden, ceza miktarı itibarıyla kesin nitelikte olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan kurulan hükmün de temyizi kabil olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, itirazın değişik gerekçeyle kabulüne, trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarından kurulan her iki mahkûmiyet hükmünün birlikte temyizden incelemesi gerektiğinden, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan kurulan hükme yönelik temyiz reddi ile taksirle yaralama suçundan kurulan hükmün onanmasına ilişkin Özel Daire kararlarının kaldırılmasına, dosyanın her iki suç yönünden birlikte temyiz incelemesi yapılması amacıyla Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.” (YCGK, 2013/213E. 2014/522K. sayılı ve 25.11.2014 tarihli kararını), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

⁷¹ Yargıtay 12. CD, 2014/12487E., 2015/6649K. sayılı ve 15.04.2015 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

⁷² RUHİ Canan, RUHİ Ahmet Cemal, Taksirle Yaralama ve Öldürme Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, Ankara, 2019, s. 57.

“Sanık ... hakkında verilen mahkumiyet kararına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; Sanığın alkolün etkisiyle emniyetli şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde ehliyetsiz olarak kullandığı araç ile kırmızı ışıkta geçerek katılanın yönetimindeki motosiklete çarptığı ve vücudunda kemik kırılmasına, yaşamsal tehlike yaratan duruma neden olacak şekilde yaralanmasına sebebiyet verdiği olayda; TCK'nın 179/2. maddesinde “trafik güvenliğini tehlikeye sokma” suçu olarak düzenlenen tehlike suçunu işlediği, olayda mağdurun yaralanmış olması sebebiyle zarar suçunun da oluşacağı, asli normun taksirle yaralama olduğu ve tali normdan öncelikle uygulanacağı sanığın sadece taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, her iki suçtan mahkumiyet kararı verilmesi suretiyle fazla ceza tayini,...”⁷³

Son olarak Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin yakın tarihli içtihatları incelendiğinde konunun asli norm-tali norm ilişkisi içerisinde sabit bir çerçeveye kavuştuğu görülmektedir⁷⁴. Keza yakın tarihli bir başka kararda da;

“kovuşturma aşamasında tüm yaralıların sanıktan şikayetçi olmadıklarını, sanıkla uzlaştıklarını beyan ettikleri dikkate alındığında; bilinçli taksirin varlığı halinde TCK'nın 89/1. maddesi kapsamı dışındaki yaralanmaların şikayete tabi olmadığı, ancak uzlaşmaya tabi olduğu gözetilip, uzlaşmanın gerçekleşmiş olması halinde; sanık hakkındaki davanın uzlaşma nedeniyle düşmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamakta ise de; iddianamede, sanığın 269 promil alkollü olarak araç kullandığı belirtilerek kamu davası açılmış olması karşısında, taksirle yaralama suçundan uzlaşma ve şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verilmesi halinde, sanığa ek savunma hakkı verilerek TCK'nın 179. maddesinin 3. fıkrası yollamasıyla 2.fıkrası gereğince trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...”

⁷³ Yargıtay 16. CD, 2015/5804E., 2016/5790K. sayılı ve 10.11.2016 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021. Başka dairenin benzer bir kararı için bkz. Yargıtay 3. CD, 2018/6835E., 2019/3235K. sayılı ve 18.02.2019 tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 06.07.2021.

⁷⁴ Yargıtay 12. CD, 2019/8835E., 2021/2547K. sayılı ve 15.03.2021 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

Şeklinde belirtilmek suretiyle bu duruma dikkat çekilmiştir⁷⁵. Buna karşılık aynı dairenin hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakma suçu ile birlikte taksirle yaralama suçunun birlikte işlenmiş olması hâlinde dolaylı da olsa farklı neviden fikri içtimaı andıran yakın tarihli bir kararı daha vardır⁷⁶.

V- YARGITAY İÇTİHATLARINDAKİ YAKLAŞIMIN UZLAŞTIRMA KURUMU BAKIMINDAN SONUÇLARI

A- 7188 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİK ÖNCESİ DURUM

Uzlaştırma, kural olarak soruşturma evresinde, istisnai durumlar dahilinde kovuşturma evresinde, başvurulana bir alternatif çözüm yöntemiştir⁷⁷. Uzlaştırma bir muhakeme şartı olduğundan bu usul uygu-

⁷⁵ Yargıtay 12. CD, 2019/10392E., 2021/2483K. sayılı ve 10.03.2021 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021. Konuyla ilgili yakın tarihli bir başka karar için bkz. Yargıtay 12. CD, 2020/2890E., 2020/6908K. sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021.

⁷⁶ "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 177. maddesinde tanımlanan suçun tehlike suçu olması karşısında, suçun oluşabilmesi için hayvanın bir zarar meydana getirmesi şartı aranmadığı, bu itibarla bir zarar meydana gelmesi durumunda, sanığın en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacağı, somut olayda; sanığın sahibi olduğu köpeğin mağduru yaralamış olması nedeniyle zararın gerçekleştiği ve eylemin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu, zarar suçu olan taksirle yaralama suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verildiği hallerde, ayrıca tehlike suçu olan hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçundan cezalandırılma imkânı bulunmamakta ise de, herhangi bir nedenle zarar suçundan cezalandırılabilme imkânının ortadan kalktığı durumlarda, koşulları bulunmakta ise tehlike suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir." (Yargıtay 12. CD, 2020/8583E. 2021/4262K. sayılı ve 25.05.2021 tarihli kararı), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 06.07.2021.

⁷⁷ Doktrinde bu kurumun bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğunu savunan görüş için bkz. ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 11. Bası, Ankara, 2021, s. 90; Her ne kadar CMK'da düzenlense de, şüpheli (veya sanık) ile devlet arasında cezalandırma ilişkisinin son bulması ve faili cezadan kurtarması dolayısıyla kurumun maddi ceza hukuku kurumu olduğu ve lehe kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz. TAN Hülya, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, 2020, s. 40; Kurumun maddi ceza hukuku boyutu ile birlikte karma nitelikli bir kurum olduğu yönünde görüş için bkz. AKBULUT Berrin, AKSAN Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 32; Yargıtay da lehe kanun uygulaması bağlamında kurumun karma nitelikli olduğunu belirtmektedir. Bkz. YCGK, 2018/394E., 2018/478K.

lanmadan hazırlanan iddianame iade edilecektir (CMK m. 174, f. 1, bent c). Uzlaştırmaya tabi olan suçlarda uzlaştırma sürecinin işletilmesi sonucu uzlaşma sağlanmışsa soruşturma veya kovuşturma nihayete erecektir. Bu bahisle uzlaştırmının, yargının iş yükünün hafifletilmesini sağlayarak ve mağdur ile şüpheli veya sanığı barıştırarak sosyal barışa hizmet eden bir kurum olduğu söylenebilir⁷⁸. Keza uzlaştırma yalnızca ceza hukukunda değil, bilakis özel hukuk alanında da etki doğurmaktadır. Nitekim, uzlaştırma gerçekleştiği takdirde soruşturulan suç bakımından tazminat davası açılmayacak veya açılmışsa davadan feragat söz konusu olacaktır⁷⁹.

Temel olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar uzlaştırmaya tabi olsa da şikâyet ve uzlaştırmının birbirinden farklılık arz eden iki kurum olduğunu belirtmek gerekir⁸⁰. Her takibi şikâyete bağlı suç, uzlaştırma kapsamında değildir. Bununla birlikte, kanun koyucu, her ne kadar şikâyete bağlı olmasalar da bazı suçları uzlaştırma kapsamına almıştır. Konuyla ilgili olarak taksirle yaralama suçunun temel şekli şikâyete bağlı bir suçtur. TCK'nın 89. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bilinçli taksir kapsamında bu suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halleri şikâyete bağlı değilse de CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının b-2 bendi gereğince uzlaştırmaya tabidir. Buna karşılık TCK'nın 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu uzlaştırmaya tabi değildir.

Bu iki suç bakımından asli norm-tali norm ilişkisinin uygulanmasında uzlaştırma kurumunun bakımından önemli sonuçları vardır. 7188 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişikliklerden önce CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasının ikinci cümlesi:

sayılı ve 25.10.2018 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 22.03.2022;
 Maddi ceza hukuku bakımından lehe kanun uygulamalarının yargının iş yükünü artırması ve 5560 sayılı Kanunun gerekçesi dikkate alındığında, uzlaştırmının bir ceza muhakemesi kurumu olduğunu ifade etmek, kanaatimizce daha isabetli bir yaklaşımdır. Fakat doktrinde ve uygulamada kurumun karma nitelikli olduğu anlayışı hakimdir.

⁷⁸ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 91; TAN, s. 41.

⁷⁹ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 91.

⁸⁰ AKBULUT, AKSAN, s. 38; TAN, s. 48 vd.

“Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde de uzlaştırma hükümleri uygulanmaz”

şeklindeydi. Dolayısıyla, bu durumda uzlaştırma sürecine başvurulması mümkün değildi. Örneğin, gündüz zamanı konuta giren bir hırsız, konuttaki ev sahibine karşı silahla kasten yaralama suçunu işlese ve konuttaki bir komşusunun eşyasına karşı hırsızlık suçunu gerçekleştirse işlenen suçların hiçbirisi uzlaştırmaya tabi tutulmamaktaydı. Zira önemle vurgulanmalıdır ki, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi (TCK m. 86, f. 3, bent e) nitelikli unsur olarak Kanun’da yer aldığından uzlaştırmaya kapsamında sayılmamaktadır⁸¹. Bu bağlamda taksirle yaralama suçu uzlaştırmaya tabi olsa da trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile birlikte işlendiğinde uzlaştırma süreci başlamayacak ve soruşturma işlemleri devam edecekti. Ancak Yargıtay 12. Ceza Dairesi, bu iki suç tipi arasında asli norm-tali norm ilişkisi temelinde meseleyi değerlendirdiğinden, asli norm bakımından uzlaşmanın sağlanması hâlinde tali norm bakımından da sorunun çözümlendiğinden bahsetmektedir. Nitekim, 2014 yılı itibariyle verilen,

“...suçun bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle mağdur ...’yu yaralama eylemi şikayete tabi olmamakla birlikte, uzlaşmaya tabi olduğu, mağdurun da 09.07.2012 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını, zararlarının karşılandığını ve sanık ile uzlaştıklarını bildirdiği, sanığın tek bir eylemi ile taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarının olduğu, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun tehlike, taksirle yaralama suçunun zarar suçu olduğu, zarar suçunun olduğu durumda artık trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan ceza verilemeyeceği, mahkemece yargılama sonunda uzlaşmanın gerçekleşmesi nedeniyle taksirle yaralama suçundan açılan davanın

⁸¹ ERTUĞRUL Hüseyin, “7188 sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2, 2020, s. 129; Keza tehdit amacıyla bir kimsenin kendi kardeşine karşı kasten yaralama suçunu işlemesi ihtimalinde, TCK’nun 106. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen gerçek içtima hükmü uyarınca failin, hem tehdit hem de kasten yaralama suçu dolayısıyla cezalandırılması gerekmektedir. Bir soyut tehlike suçu olan tehdit suçu uzlaştırmaya tabi bir suç olmasına karşın, bir zarar suçu olan kasten yaralamanın nitelikli unsurunun uzlaştırma kapsamında olmadığı ortadadır. Böyle bir durumda CMK’nun 253. maddesinin 3. fıkrası gereği uzlaştırma süreci işletilemeyecek ve fail işlemiş olduğu suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bkz. AKBULUT, AKSAN, s. 68.

CMK'nın 254/2. maddesi gereğince düşmesine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Çünkü; uzlaşma ile fail ve mağdur arasında zararın giderilmesi konusunda anlaşma sağlanmış olmakla, yapılan anlaşma gereği zararın kararlaştırılan miktarda ödenmesi veya giderilmesi durumunda ceza davası açılmamakta veya açılan dava düşürülmektedir. Böylece devlet ile fail arasındaki ceza ilişkisi sona ermekte ve fail cezalandırılmaktan kurtulmaktadır.

Uzlaşma kurumu uyumsuzluğu hukuki ve cezai tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırmaktadır. Uzlaşma nedeniyle düşme kararı verildiğinde CMK'nın 253/19. maddesi gereğince mağdurun artık hukuk mahkemelerinde dava açamayacağı hükmü de gözetildiğinde; taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarının sanığın tek bir eylemi ile meydana geldiği, taksirle yaralama suçundan uzlaşma nedeniyle ceza verilemediği de gözetilerek sanık hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hüküm verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,"

Şeklindeki kararlar bu duruma işaret edilmişti⁸². Kararda dikkat çekici olan husus CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrasıdır. Hükme göre, uzlaştırma sonucunda, şüpheli soruşturma aşamasında edimi yerine getirdiği takdirde şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir. Kovuşturma aşamasında uzlaşmanın gerçekleşmesi hâlinde ise CMK'nın 254. maddesinin 2. fıkrası uygulanacak ve düşme kararı söz konusu olacaktır. Bütün bunlardan hareketle uzlaştırma yoluyla uyumsuzluğun hem cezai hem de hukuki sonuçları ortadan kaldırılmaktadır. Belirtilmelidir ki CMK 253. maddesinin 19. fıkrası yalnızca uzlaştırmaya tabi suçlar bakımından cezai ve hukuki sonuçları bertaraf etmektedir. İlgili düzenlemenin uzlaştırma kapsamında olmayan bir suç açısından geçerliliği bulunmamaktadır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi bu kapsamda vermiş olduğu kararlarla bu fıkraya geniş bir muhteva kazandırmaktaydı. Asli norm-tali norm ilişkisinden hareket edilerek zarar suçunun uzlaştırmaya tabi olması dolayısıyla ilgili fıkra hükmünün uzlaştırmaya tabi olmayan tehlike suçuna da uygulanabileceği sonucuna ulaşılmak-

⁸² Yargıtay 12. CD, 2013/19259E., 2014/12963K. sayılı ve 27.05.2014 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021. Konuyla ilgili bir başka karar için bkz. Yargıtay 12. CD, 2016/3876E., 2016/10635K. sayılı ve 21.06.2016 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

taydı. Diğer bir ifadeyle zarar suçu ve tehlike suçu arasında öngörülen asli norm-tali norm ilişkisi uzlaştırma kurumuna da etki etmekteydi. Ancak bu yaklaşımla daire, esasında CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasını etkisiz kılmakta⁸³.

İlgili değişiklik öncesinde de Yargıtay'ın bazı kararlarında, mağdurun farklı olup olmamasına göre bir uygulama mevcuttu. Bunun aksine Yargıtay'ın CMK 253. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak verdiği kararlara da rastlanılmaktaydı. Yargıtay'ın bu kararları arasında bir birliğin bulunmadığına işaret edilmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise vermiş olduğu bir kararında suçun aynı mağdura karşı işlenip işlenmeyeceğine ilişkin çıkarımın kanunun lafzından uzaklaşmak olduğunu ve bu durumun hukukun temel ilkelerine aykırılık oluşturacağını belirtmişti. Kurul bu gerekçe ile ister aynı ister farklı mağdurlara karşı işlensin ilgili hükmünün cari olduğuna işaret etmişti⁸⁴. Doktrinde de maddenin ilgili fıkrasında böyle bir ibarenin bulunmaması nedeniyle mağdurlar ister farklı ister aynı olsun CMK 253. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması gerektiğine vurgu yapılmıştı⁸⁵.

B- 7188 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİK SONRASI DURUM

7188 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasının ikinci cümlesi şu şekilde değiştirilmiştir:

⁸³ Bu iki suç arasında asli norm-tali norm ilişkisinin olduğundan hareketle uzlaştırmaya tabi olduğu iddia edilse de konunun aynı zamanda şikâyet bakımından önemli bir farklılığı bulunmaktadır. TCK'nın 89. maddesindeki taksirle yaralama suçunun basit şeklinin (1. fıkra) hem bilinçsiz taksir hem de bilinçli taksir hâlinde; netice sebebiyle ağırlaşmış hâlleri varsa (2. ve 3. fıkralar) yalnızca bilinçsiz taksir hâlinde şikâyete tabi olduğu hüküm altına alınmıştır (5. fıkra). Bahse konu suçlar birlikte işlenmiş olması ve mağdurunun şikâyetçi olmaması veya şikâyeti geri alması hâlinde, failin yalnızca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu dolayısıyla cezai sorumluluğu doğacaktır. İlgili açıklama için bkz. RUHİ, RUHİ, s. 109.

⁸⁴ İlgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. 2018/112E., 2018/635K. sayılı ve 13.12.2018 tarihli kararı. (Zikreden), AKBULUT, AKSAN, s. 71.

⁸⁵ AKBULUT, AKSAN, s. 71.

“Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”⁸⁶

Bu değişiklik sonrasında işlenen suçların mağdurları farklı ise uzlaştırma süreci başlatılabilecektir. Yukarıda verilen örnekle uygun olarak eşyası çalınan komşu ile şüpheli veya sanık bakımından uzlaştırma yapılması mümkün kılınmıştır⁸⁷. Buna karşılık, konut dokunulmazlığı ve silahla işlenen kasten yaralama suçu dolayısıyla mağdur olan ev sahibi açısından uzlaştırmaya başvurulmayacaktır. Zira konut dokunulmazlığını ihlal suçu uzlaştırmaya tabi olsa da kasten yaralama suçunun nitelikli şeklinde uzlaştırma hükümleri uygulanamaz⁸⁸.

Konuyla ilgili olarak trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun mağduru toplumu oluşturan herkestir. Başka bir açıdan bakıldığında ise bu suçun mağdurunun somut olay bağlamında trafiğe katılan her bir birey olduğu söylenebilir⁸⁹. Taksirle yaralama suçunun mağduru ise yaralanan kimsedir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuyla birlikte taksirle yaralama suçunun işlenmesi halinde yaralanan kimsenin her iki suçun mağduru olduğu ihtimali belirebilir. Buradan hareketle CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrası bağlamında, taksirle yaralama suçu yönünden yine uzlaştırma hükümlerinin uygulanmayacağı şeklinde bir yaklaşım akla gelebilir. Bu ihtimale karşılık konunun mağdur yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Temel sorun “Genel Tehlike Yaratan Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçların işlenmesiyle belirli kimselerin mağdur olup olmamasında yatmaktadır. Esasında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu “Genel Tehlike Yaratan Suçlar” başlığı altında yer alan bir suç tipidir. Burada

⁸⁶ Fıkra hükmündeki “uzlaşma hükümleri uygulanmaz” ibaresi hatalı olup “uzlaştırma hükümleri uygulanmaz” şeklinde olmalıydı. Nitekim 30145 sayılı Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere “uzlaştırma” (m. 4, f. 1-k) ile “uzlaşma” (m. 4, f. 1.-j) birbirinden farklılık arz eden kurumlardır.

⁸⁷ ERTUĞRUL, s. 130.

⁸⁸ ERTUĞRUL, s. 130.

⁸⁹ DOĞAN, MERAKLI, s. 92; “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun mağduru, tehlikeye düşürülen bireyler ile toplumdur. Bu suçun mağduru belli kişiler değildir.” (CENTEL Nur, “Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3)”, Hukuk Köprüsü, Sayı: 2, 2012, s. 158.)

“genel tehlike” kavramına kısaca değinilmelidir. “Genel tehlike” kavramıyla kastedilen şey, işlenen fiille somut bir tehlikenin ortaya çıkmasıyla beraber, bu tehlikenin kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı veya malvarlığı açısından kiminle/kimlerle ilgili olarak meydana geldiğinin bir öneminin olmamasıdır. Bu bağlamda tehlikeye maruz kalan kişilerin belirli hâle getirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁰. Hukuk düzeni zarara yol açmayan ancak bir tehlike oluşturan veya tehlike yaratabilme potansiyeli oluşturan haksızlıkları “genel tehlike” olarak suç kapsamına almaktadır. Dolayısıyla TCK’nın “Genel Tehlike Yaratan Suçlar” başlığı altında mevcut olan suçların çoğunun mağdurunun belli bir kişi olduğundan bahsedilemeyecektir⁹¹. Keza bu fiillerin suç kapsamına alınmasıyla topluma yönelik genel güvenlik ile ilgili hukuki değerin değil, bilakis belirsiz sayıdaki bireye ait hukuki değerlerin koruma altına alındığı belirtilmektedir⁹².

Söz konusu bu yaklaşım uygulandığında, bu iki suçun birlikte işlenmesiyle birlikte taksirle yaralama suçunun mağdurunun, aynı zamanda trafik güvenliğinin tehlikeye sokma suçunun mağduru olmadığı anlaşılır. O halde Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin asli norm-tali norm kapsamında bu iki suçu değerlendirmesi CMK’nın 253. maddesinin 3. fıkrasının yine uygulanmayacağı anlamına gelmektedir. Nitekim Yargıtay 13. Ceza Dairesinin bu noktadaki:

“Sanık hakkında mala zarar verme, basit yaralama ve hakaret suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesinde; 5271 sayılı CMK’nın 253/3 maddesi uyarınca uzlaştırma kapsamına giren bir suçun bu kapsama girmeyen bir başka suç ile birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması halinde uzlaşma hükümleri uygulanmaz düzenlemesine yer verilmiş olup, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun kamuya karşı işlenen suçlardan olduğu, tehdit, haka-

⁹⁰ ÜNAL, s. 68. Bununla birlikte, “Atom Enerjisi İle Patlatmaya Sebepiyet Verme” suçunu düzenleyen TCK’nın 173. maddesinde tekil olarak “bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı” ibaresi yer almaktaysa da atom enerjisini serbest bırakma fiilinin işlenmesiyle patlamaya yol açılmasının genel bir tehlikeyi oluşturacağı barizdir. YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, s. 5469.

⁹¹ ÖZGENÇ, s. 226; ARTUK vd, s. 374.

⁹² Bkz. KATOĞLU Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı:2, 2012, s. 681.

ret, basit yaralama suçunun ise ... aleyhine işlenmesi nedeniyle uzlaşma engelinin bulunmadığı değerlendirilmiştir."

Şeklindeki kararı bu bağlamda önem taşımaktadır⁹³.

Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2019/10392E., 20251/2483K. sayılı ve 10.03.2021 tarihli kararında ise taksirle yaralama suçu açısından uzlaşma ve şikâyetten vazgeçme hâlinde düşme kararı verilirken trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu açısından ceza verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Yine aynı Daire'nin yukarıda değindiğimiz 2019/8835E., 2021/2547K. sayılı ve 15.03.2021 tarihli kararında da bu yaklaşımın devam ettirildiği görülmektedir. Yani uzlaştırma başarıya ulaşırsa CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrası geniş bir şekilde yorumlanmayacak ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işleyen kişi de bu suç dolayısıyla cezalandırılacaktır. Başka bir anlatımla asli norm olduğu ifade edilen taksirle yaralama suçu dolayısıyla uzlaşmanın sağlanması hâlinde artık tali norm kapsamında görülen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırmama yoluna gidilmeyecektir. Burada bir içtihat değişiminin olduğu barizdir. İlgili içtihat değişiminin en önemli nedeni, 7188 sayılı Kanun'un getirdiği seri muhakeme ve basit yargılama usulleridir. Kanun'un 23. maddesiyle CMK'nın 250. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu hem seri muhakeme hem de basit yargılama usulüne tabi kılınmıştır. Bunun üzerine Yargıtay 12. Ceza Dairesi, vermiş olduğu bir kararında, uzlaşma nedeniyle taksirle yaralama suçunda bir cezalandırmaya gidilemediği takdirde trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bağlamında yargılama yapılması gerektiğini ve bu durumun da basit yargılama usulüne tabi olacağını belirtmiştir⁹⁴.

⁹³ Yargıtay 13. CD, 2020/4228E., 2020/9217K. sayılı ve 13.10.2020 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021.

⁹⁴ "...Dairemizin yerleşik uygulamasına göre; tehlikeli eylemin zarara yol açması ve her iki suçun birlikte işlenmesi halinde sanığın hangi suç nedeniyle cezalandırılacağı belirlenirken, suçlar için Kanunda öngörülen cezaların ağırlığının değil, zarar suçu-tehlike suçu ölçütünün esas alınması suretiyle, sanığın taksirle yaralama suçundan cezalandırılmasının mümkün olduğu ahvalde sadece taksirle yaralama suçundan cezalandırılması, ancak kovuşturma şartı olan şikâyetin gerçekleşmemesi, şikâyetten vazgeçilmesi veya uzlaşma nedeni ile taksir-

C- YARGITAY İÇTİHATLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Özetle Yargıtay'ın diğer daireleri ve Ceza Genel Kurulu, tehlike suçu ve zarar suçunun birlikte işlenmesi hâlinde farklı neviden fikri içtima hükmüne göre uyuşmazlığı çözmekteyken, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin ise bahse konu bu iki suç bağlamında, asli norm-tali norm ilişkisine bağlı olarak bir yol izlediği görülmektedir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin bu yaklaşımı, diğer dairelerin içtihatlarından farklılık göstermektedir.

Öncelikle tehlike suçları ve zarar suçlarının birlikte işlenmesi hâlinde farklı neviden fikri içtima hükmünün mü yoksa asli norm-tali norm ilişkisi yani görünüşte içtimanın mı uygulanacağı sorununu değerlendirmek gerekir. Önemle vurgulanmalıdır ki, TCK'nın benimsemiş olduğu sistem farklı neviden fikri içtimadır. Konuyu, işlenen suçlardaki korunan hukuki değere göre ele alan bir ayırım, fikri bir faaliyetten ibarettir. Nitekim TCK'nın 44. maddesindeki hükmündeki *"birden fazla farklı suçun oluşması"* ifadesi dikkate alındığında kanun koyucunun, korunan hukuki değere göre bir ayırma yaslanmadığı veya işlenen suçların kasten ya da taksirle işlenmesinin de bir öneminin bulunmadığı görül-

le yaralama suçundan cezalandırmanın mümkün olmadığı ahvalde ise, sanığın TCK'nın 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılması gerektiği, somut olayda katılanın nitelikli şekilde yaralanmasına neden olan sanık hakkında açılan kamu davasının uzlaşma nedeniyle düşürülmesine karar verildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın uyuşturucu madde etkisiyle araç kullanıp kazaya neden olmasının trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluşturacağı kabul edilerek, iddianamede eylemin tarif edildiği de nazara alınıp, CMK'nın 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek TCK'nın 179/3-2. maddesi uyarınca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan yargılama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi;

2-Bozma ilamına uyulduğu takdirde, sanığa isnat edilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu için TCK'nın 179. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen temel ceza miktarı itibarıyla, 5271 sayılı CMK'nın, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile yeniden düzenlenmiş olan ve 251. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Basit yargılama usulü" düzenlemesine tabi olacağı; Anayasa Mahkemesinin 19.08.2020 tarihli ve 31218 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 25.06.2020 tarihli ve 2020/16 Esas-2020/33 Karar sayılı iptal kararı ile, kovuşturma evresine geçilmiş olan ve basit yargılama usulü uygulanabilecek dosyalar yönünden 7188 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1-d bendinde yer alan düzenlemenin iptal edildiği anlaşıldığından; Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararı doğrultusunda CMK'nın 251. maddesi hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmesi;..." (Yargıtay 12. CD, 2019/7714E., 2020/7373K. sayılı ve 22.12.2020 tarihli kararı), Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 03.07.2021.

mektedir. Kanaatimizce böyle bir ayrıma gidilmesine yönelik bir ihtiyaç da bulunmamaktadır.

Asli norm-tali norm ilişkisinde, somut olaya tatbik edilebilecek tek bir normdan bahsedilir. Asli normun uygulanma hâlinde söz edilemiyorsa yardımcı norm uygulamaya konulacaktır. Keza “yardımcı normun sonralığı ilkesi” de aynı durumu ifade eder⁹⁵. Görünüşte içtimada sadece bir normun ihlalinden söz edilmekte, diğer normların ihlalinin ise görünüşte olduğu ifade edilmektedir⁹⁶. Diğer bir deyişle ortada bir içtima hâlinin olmadığı ve bunun görünüşte olduğu belirtilmektedir. Bundan başka asli norm-tali norm ilişkisinin söz konusu olabilmesi için bu normlar arasında bir zorunluluk ilişkisinin mevcut olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁹⁷.

Tehlike suçları ve zarar suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisinin olduğu savunulursa da zararın içeriği ile tehlikenin toplum açısından ortaya konulan önemi karşılaştırıldığında bu durumun her zaman adil bir sonuca yol açmadığı görülmektedir. Zira somut olay bağlamında vuku bulan zarar o kadar küçük olabilir ki tehlike suçunun haksızlık boyutu, zarar suçunu tüketebilmektedir. Böyle olunca tehlike suçunun asli norm, zarar suçunun ise tali norm olabilme ihtimali de gündeme gelebilmektedir. Keza bazı tehlike suçlarındaki ceza miktarının zarar suçlarına nazaran yüksek olduğu noktasında kuşku yoktur. Örneğin, bir somut tehlike suçu olan çevrenin kirletilmesi suçunu düzenleyen TCK'nın 181. maddesinin 4. fıkrasına göre, suçun insanlar açısından tedavisi zor hastalıklara neden olabilecek nitelikteki atıklarla işlenmesi hâlinde kişi hakkında beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmedilecektir. Bu suçun üst sınırının, madde metninde yer almadığı için, TCK'nın 49. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yirmi yıl olduğu belirtilmelidir. Şayet bu fiilin icra edilmesiyle TCK'nın 87. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde (veya TCK'nın 89. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde) belirtildiği üzere, bir kimsenin sağlığının iyileşme imkânı olmayan bir hastalığa maruz kalması hâli vuku bulabilir. İster kasten isterse tak-

⁹⁵ GÖKCEN, s. 389.

⁹⁶ GÖKTÜRK, s. 74, 75.

⁹⁷ GÖKTÜRK, s. 237.

sirle işlenmiş olsun tehlike suçunun öngördüğü ceza miktarının zarar suçundaki ceza miktarından fazla olduğu sonucuna ulaşılır. Böylelikle görünüşte içtima kapsamındaki asli norm-tali norm ilişkisinden hareket edilerek yalnızca zarar suçunun uygulanabileceğini temel alan yaklaşımın cezanın belirlenmesi yönünden adil ve makul olmadığı iddia olunmaktadır. Ayrıca, zarar suçundaki ceza miktarının tehlike suçuyla karşılaştırıldığında az olduğu anlaşılıyorsa, yalnızca zarar suçu açısından failin cezai sorumluluğuna gidilmesi, fikri içtimadaki “haksızlık muhtevasının tüketilmesi (Ausschöpfungsgebot)” ilkesiyle de uyuşmamaktadır⁹⁸. Öte yandan tehlike ve zarar kavramları arasında ardışık ilişkinin olduğu beyan edilse de tehlike suçunun zarar suçu karşısında müstakil oluşundan bir şey kaybetmediğine değinilmelidir. Tehlike suçu ve zarar suçu arasında bu şekildeki gibi bir zorunluluk ilişkisi aramanın bir mantığı olmadığı gibi aksi düşüncenin tehlike suçlarının müstakil oluşuyla bağdaşmadığı da ortadadır⁹⁹.

TCK’daki sistemle uyumlu olarak kanaatimizce de tek hareketle hem zarar suçu hem de tehlike suçu işlenmişse bu durumda farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulama alanı bulacağı ifade edilmelidir. Böylelikle, Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin yerleşik içtihatlarının aksine, taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçları birlikte işlenmişse farklı neviden fikri içtima hükmüne başvurulmalıdır¹⁰⁰. Zira bu suçların konuları birbirinden farklıdır. Farklı neviden fikri içtimanın uygulanabilmesi için bu kapsamdaki suç tiplerinin hepsinin somut olaya uygulanabilir bir nitelik taşıması gerektiğine vurgu yapılmalıdır. Suçlardan biri bakımından kovuşturma şartı gerçekleşmemişse farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmayacaktır. Şayet bu koşul mevcutsa işlenen her suçun cezası TCK’nın 61. maddesi uyarınca ayrı ayrı belirlenip tespit edilen en ağır ceza dolayısıyla failin cezalandırılması yoluna gidilmelidir^{101,102}.

⁹⁸ GÖKTÜRK, s. 239, 240.

⁹⁹ ÜNAL, s. 356.

¹⁰⁰ CENTEL, s. 163.

¹⁰¹ Bu durumda soyut ceza değil, somut ceza esas alınmalıdır. Bu tutum aynı zamanda haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesine de uygun olur. Bkz. GÖKTÜRK, s. 266.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin asli norm-tali norm ilişkisi temelinde ilgili suçlara yönelik bir içtihat geliştirmesinin uzlaştırma kurumunun uygulanması bakımından en önemli sonucu CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasının uygulanma olanağını ortadan kaldırılmasıydı. Halbuki bu iki suç bağlamında uzlaştırma hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmemeliydi¹⁰³. Bu iki suç türü açısından asli norm-tali norm ilişkisinin bir diğer sonucu da CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrası özelinde teza-hür etmekteydi. Asli normun uzlaştırmaya tabi olmasıyla uzlaştırmaya tabi olmayan suç açısından da uyuşmazlık bu hüküm sayesinde sona erdirilmektedir. Daha açık bir anlatımla uzlaştırmaya tabi olmayan tehlike suçu, tali norm olmasıyla geri planda kaldığından, asli norm olan zarar suçunda uzlaşma sağlandığıysa faile yönelik olarak kovuşturmayaya yer olmadığı veya düşme kararı verilmekte ve ayrıca tehlike suçundan dolayı cezai sorumluluk doğmamaktaydı. Kanaatimizce CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrası yalnızca uzlaştırmaya tabi olan suç bakımından uygulanabilmelidir. Aksi durum uzlaştırma kurumunun amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Belirtilmelidir ki, farklı neviden fikri içtima kapsamında olan suçlardan biri uzlaştırma kapsamında değilse uzlaştırma hükümlerinin uygulanmaması gerekirdi¹⁰⁴.

Bu bağlamda, konunun 7188 sayılı Kanun'la getirilen değişiklik açısından da ele alınması ihtiyacı hasıl olmuştur. İlk olarak toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarla aslında mağdurlar belli olmadığı suçlar kastedilmektedir. Bu tür suçlar TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasındaki zincirleme suç bağlamında "mağduru belli bir kişi olmayan" suçlar olarak da nitelendirilmektedirler. Burada geniş anlamda mağdurluktan bahsedilir¹⁰⁵. Bu suçların aynı suç işleme kararıyla birden çok defa işlenmesi hâlinde zincirleme suç dolayısıyla failin cezasında

¹⁰² TCK m. 89'daki taksirli yaralama hâllerinin netice sebebiyle ağırlaşmış halleri söz konusu (f. 2, f. 3) ise ya da birden fazla kişinin yaralanması gündeme geliyorsa (f. 4) bu durumda taksirle yaralama suçunun cezası artırılacağından TCK'nın 179. maddesinin 2. fıkrasında (veya 3. fıkrasında) yer alan cezayı aşabilmesi mümkün gözükmemektedir. Keza bu noktada, TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen linçli taksirin cezanın artırılması yönünde bir etki gösterdiği de akılda tutulmalıdır.

¹⁰³ AYNURAL, s. 117.

¹⁰⁴ AKBULUT, AKSAN, s. 74.

¹⁰⁵ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 125.

artırırma gidilecektir. İşlenen fiiller dolayısıyla bir kişinin veya belli kişilerin mağduriyetine neden olunmuşsa, aynı suç işleme kararı olmasına rağmen bu suçun zincirleme suça dahil olmaması, ayrı olarak değerlendirilmesi ve gerçek içtimain uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁰⁶. Bununla birlikte, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, mağdurun muayyen hâle getirilmesinin suçun oluşumu üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır¹⁰⁷.

Trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçunun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu belirtilse de suçun mağdurunun somut olay bağlamında trafiğe katılan her bir birey olduğu ileri sürülebilir¹⁰⁸. Keza sahte paraların farklı alışveriş yerlerinde dolaşıma sokulması hâlinde alışveriş yerlerinin sahiplerinin de doğrudan mağdur olduğu¹⁰⁹ da ifade edilebilir. Bu yaklaşım, mağduru biraz daha belirli kılmaktadır. Buna karşılık TCK'nın 179. maddesinin 2. fıkrasındaki somut tehlike suçu bakımından hâkim tehlikeyi araştırmak zorundaysa da bu zorunlu-

¹⁰⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 530.

¹⁰⁷ Doktrinde topluma karşı işlenen suçlarda bu suçların işlenmesi sebebiyle menfaatleri ihlale uğrayanların suçtan zarar gören olarak nitelendirileceğine vurgu yapılmıştır. Örneğin, TCK'nın 170. maddesinde belirtilen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunda, mağdur toplumu oluşturan herkes olmasına karşın, somut olayda menfaatleri ihlale uğrayanların suçtan zarar gören olarak ele alınacağına değinilmiştir. Bkz. KATOĞLU, s. 684; Buna karşılık suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramından daha geniştir. Suçun konusunun ait olduğu kişi ya da suçun işlenmesi suretiyle haksızlığa maruz kalan kişi mağdur olarak nitelendirilir. Bilindiği üzere her mağdur suçtan zarar gören olsa da her suçtan zarar gören mağdur değildir. Bkz. ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 124, 125. Bununla birlikte suçtan zarar görmeyenin davaya katılma bağlamında doğrudan doğruya olması gerekmektedir. İşlenen suç bakımından kişinin suçtan zarar gören olup olmadığının takdiri mahkemeye aittir. Bkz. ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 132.

¹⁰⁸ Benzer şekilde "Genel Tehlike Yaratan Suçlar"da öncelikle toplumu oluşturan herkesin hukuksal değerlerinin korunduğu ifade edilerek toplumu oluşturan herkesin yanında somut tehlikeye maruz kalan bireylerin de mağdur olabileceğine işaret edilmiştir. Bkz. YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, s. 5417.

¹⁰⁹ Parada sahtecilik suçu (TCK m. 197) birden çok kez işlenmesine karşın, mağdurun belli olması nedeniyle "mağduru belli bir kişi olmayan suçlar" dışında görüldüğünden fail hakkında zincirleme suç hükmü uygulanmamıştır. Konuyla ilgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 8. CD, 2021/25081E., 2013/18955K.sayılı ve 25.06.2013 tarihli kararı, (zikreden), AKBULUT, s. 720; diğer örnekler için bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 530.

luk, mağdurların muayyen hale getirilmesini gerektirmez. Bu suç kapsamında belli bir kişi veya kişiler haksızlığa maruz kalmış olabilir. Bunlar ancak suçtan zarar gören olarak nitelendirilir. Ancak bu durumun suçun oluşumu üzerinde bir etkisinin bulunmadığı açıktır. Objektif ve makul bir kişinin bakış açısından somut tehlikenin gerçekleşmesi suçun oluşması bakımından yeterlidir. Buradan hareketle taksirle yaralama suçunun mağduru ile trafik güvenliğinin tehlikeye sokma suçunun mağdurunun aynı olduğu söylenemeyecektir. Yani mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, toplumu oluşturan her bireyin ayrı ayrı mağdur olarak ele alınması sonucunu gerektirmez. Zincirleme suçlar dahilinde belirtilen bu yaklaşımın daha geniş bir şekilde ele alınması, 7188 sayılı Kanunla değiştirilen CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasını etkisiz kılacaktır. Bu doğrultuda yukarıda bahsi geçen Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin kararının, CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasıyla uyumlu olduğu söylenebilir. Bu bağlamda tek hareketle taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu birlikte işlendiği takdirde uzlaştırma süreci pekâlâ işletilebilecektir.

SONUÇ

Tehlike, maddi ceza hukuku anlamında izin verilen riski aşan bir boyuta ulaşan bir zarar ihtimalidir. Tehlike ve zarar kavramları arasında kronolojik veya ardışık bir ilişkinin kurulduğundan bahsedilmelidir. Tehlike suçları ve zarar suçları ayrımı, suçun konusunun hareketten etkilenme derecesine göre temellendirilir. Soyut ve manevi olarak nitelendirilen korunan hukuki değere göre yapılan ayrımların bu suçların içeriğini açıklamada birtakım sorunlara yol açtığını ve kanaatimizce tutarlı olmadığını ifade etmek gerekir.

Kavramlar arasında kurulan bu ilişkinin tehlike suçları ve zarar suçları arasında da geçerli olduğu sonucuna ulaşılamaz. Tehlike suçlarının, zarar suçlarındaki gibi bir neticenin olmamasından hareketle müstakil bir içerik taşıdığından bahsedilmelidir. Nitekim, hukuk düzeni, herhangi zarar olmadan veya yalnızca tehlike öngörüsüyle gerçekleşen haksızlıkları cezaya layık olarak ele almaktadır. Aksi düşünce, TCK ve diğer özel kanunlarda yer alan bütün zarar suçlarının tehlike suçuna nazaran asli norm olduğunu gösterir. Şayet aksi yorum benimsenirse, birden fazla farklı suç tek hareketle işlendiği takdirde failin gerçekleşen

suçların en ağırından dolayı cezalandırılması sonucunu doğuran farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulama alanı aşırı derecede daraltılmış olacaktır. Bunun sonucunda, farklı neviden farklı içtima, tek hareketle birden fazla farklı zarar veya birden fazla farklı tehlike suçunun işlenmesi hâlinde uygulanmış olacaktır. Bu anlayış tehlike suçlarının müstakil oluşu ile bağdaşmayan bir yorum olur ki TCK'nın benimsemiş olduğu sistemle de uyumlu değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere somut olay bağlamında çıkan tehlike suçunun haksızlık içeriği, zarar suçundan fazla olabilmektedir. Dolayısıyla, tek fiille hem tehlike suçu hem de zarar suçunun işlendiği söylenebiliyorsa farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmalıdır. Ayrıca burada korunan hukuki değere göre bir ayrıma gidilmesine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu yönde bir tasarrufunun olmadığı görülmektedir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin içtihatlarında tehlike suçlarının tali norm, zarar suçlarının ise asli norm olduğu vurgulanmaktadır. Bunun en önemli nedeni trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuyla, taksirle yaralama suçunun ceza miktarlarının farklı olmasından ileri gelir. Bir tehlike suçunun bir zarar suçundan daha fazla cezayı içermesi konuya dair temel problemi oluşturmaktadır. Bu durum, korunan hukuki değerle ilgili olarak tamamen kanun koyucunun takdirine ait bir husustur. Kanun koyucunun topluma yönelen tehlikenin haksızlığını, kişilere yönelen basit derecedeki zarardan üstün tutabileceğine ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu yüzden farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmak suretiyle soyut ceza temel alınarak değil, aksine somut ceza üzerinden en ağır olanının belirlenmesiyle fail cezalandırılmalıdır.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin bu içtihatlarının diğer dairelerin kararlarına etki edebilme potansiyeli taşıdığını belirtmek gerekir. Keza yukarıda yer verdiğimiz farklı dairelerin bazı kararlarına bakıldığında bu etkinin izleri kısmen görülebilmektedir. Bu durumun sadece trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarıyla sınırlı olmayacağı öngörülebilir. TCK'nın benimsemiş olduğu sistemle bağdaşmadığı göz önüne alındığında, bu türdeki içtihatların farklı neviden fikri içtima kapsamında verilen içtihatlarla bir uyumsuzluk yaratılabileceği ortadadır. Halbuki içtihat istikrarı bakımından bir olaya uygulanan kuralın, aynı düzlemdeki diğer olaylarda da cari olması gerekmektedir.

7188 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişiklik öncesinde, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin zarar suçu ve tehlike suçu bakımından öngördüğü asli norm-tali norm ilişkisi, CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasının etki alanını geçersiz kılmaktaydı. Yukarıda da yer verildiği üzere, bu durum, tehlike suçu ve zarar suçu arasındaki asli norm-tali norm ilişkisinin uzlaştırma açısından en önemli sonucu olarak gözükmekteydi. Keza bu sonuca ulaşabilmek için CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrasının geniş bir şekilde yorumlanmasına başvurulmuştu. Böylelikle uzlaştırmaya tabi olan ve asli norm statüsündeki zarar suçunda uzlaştırma başarıyla sonuçlandığı takdirde, uzlaştırmaya tabi olmayan ve tali norm kapsamındaki tehlike suçu açısından cezalandırılma yoluna gidilmeyordu. Ancak, belirtilmelidir ki CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrası sadece uzlaştırmaya tabi olan suç bakımından geçerlidir. Keza CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasında suçlar arasında görünüşte içtima hâlinde ne şekilde bir uygulama yapıldığına dair bir ifade de bulunmamaktadır. Şayet tek hareketle işlenen bu iki suç arasında asli norm-tali norm ilişkisi uygulanmamış olsaydı, CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrası devre dışı kalmayacak ve fail işlenen suçların en ağırı ile cezalandırılacaktı. Bu bakımdan Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 7188 sayılı Kanun öncesindeki bu tutumunu isabetli bulmamaktayız.

7188 sayılı Kanunla CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Buna göre uzlaştırmaya tabi olan suç uzlaştırmaya tabi olmayan başka bir suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmişse uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin yakın tarihli içtihatlarına bakıldığında, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun, seri muhakeme veya basit yargılama usulüne tabi olduğu gerekçesiyle uzlaştırmada tarafların uzlaşmış olmasından hareketle artık CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrasının uygulamadığı görülmektedir. Halbuki asli norm açısından tarafların uzlaşmış olmalarıyla bu durumun tali norma da cari olabileceği ve tali norm bakımından da ceza sorumluluğu öngörmediği kararları nazara alındığında, basit yargılama usulünün uygulanması amacıyla dosyayı göndermesi, kendi içerisinde tutarlı değildir. Bu bağlamda ilgili değişiklikler, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin içtihatlarını farklı bir yöne sevk etmiştir.

7188 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişiklik, toplumu oluşturan herkesin mağdur olması dahilinde, somut olayda haksızlığa uğramış belli kişilerin de mağdur olarak ele alınıp alınmaması sorununu beraberinde getirmektedir. Önemle vurgulanmalıdır ki, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, somut olay temelinde belli bir kişinin haksızlıkla karşı karşıya kalmasının suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur. Trafik güvenliğinin tehlikeye sokma suçunun işlenmesi suretiyle kişi taksirle yaralama suçunun mağduru haline gelebilir. Ancak kişinin taksirle yaralama suçundan mağdur olması, somut tehlike suçunun da mağduru olduğu sonucuna götürmez. Zira tehlike suçunun kanuni tarifinde mağdur özel olarak belirlenmemiştir. Burada yukarıda zikrettiğimiz genel tehlike kavramı geçerlidir. Kanaatimizce taksirle yaralama suçu trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile birlikte işlenmişse taksirle yaralama suçu açısından uzlaştırma hükümlerinin uygulanması mümkündür. CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrası da bu durumu öngörmektedir. Aksi yorum, uzlaştırma kurumunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Zincirleme suçlar dahilinde bahsi geçen görüş, bu alana teşmil edilmemelidir.

Taksirle yaralama suçunun trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuyla birlikte işlendiği hallerde, taksirle yaralama suçu açısından uzlaştırma başarıyla sonuçlanırsa, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bakımından basit yargılama usulünün tatbik edilmesi gündeme gelir. Taksirle yaralama suçu yönünden uzlaştırma başarısız olursa yargılamaya devam edilmeli ve farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Zira burada CMK'nın 251. maddesinin 8. fıkrasının geçerli olduğu unutulmamalıdır. Şayet bu iki suç arasında asli norm-tali norm ilişkisi uygulanırsa uzlaştırmanın başarılı olma ihtimalinde tali norm olan trafik güvenliğinin tehlikeye sokma suçu yönünden bir değerlendirme yapılmayacak ve basit yargılama usulü işletilmeyecektir. Bu uygulama da 7188 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin amacına aykırıdır. İlgili durum kapsamında, farklı neviden fikri içtima hükmünden ayrılmaya gerek bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR

AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2017.

AKBULUT Berrin, AKSAN Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara, 2019.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN M. Emin, ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2020.

AYNURAL Ömer Metehan, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3), İstanbul, 2018.

BASSENGE Peter, "Der Allgemeine Strafrechtliche Gefahrbegriff und Seine Anwendung im Zweiten Teil Des Strafgesetzbuches und In den Strafrechtlichen Nebengesetzen", Dissertation, Friedrich-Wilhelms Universität, 1961.

CENTEL Nur, "Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3)", Hukuk Köprüsü, Sayı: 2, 2012, s. 155-165.

DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1998.

DEMİRBAŞ Timur, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2021.

DEMİREL Muhammed, "Karar Analizi: Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi", İÜHFPM Prof. Dr. Füsün Sokullu'ya Armağan, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s. 1479 – 1488.

DEMUTH Heinrich, Der normative Gefahrbegriff, Bochum, 1980.

DOĞAN Koray, MERAKLI Serkan, Trafik Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2020.

DOĞAN Koray, "Tehlike Suçu ile Zarar Suçları Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 16, 2014, s. 179-208.

EGEMENOĞLU Alaaddin, Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu (TCK m. 170/1), Ankara, 2017.

EREM Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 13. Baskı, Cilt: 1, Ankara, 1995.

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara, 2017.

ERSOY Uğur, "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 41, 2020, s. 27-64.

ERTUĞRUL Hüseyin, "7188 sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2020, s. 119-138.

GÖKCEN Ahmet, "Taksirle Yaralama Suçu", Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan, Ankara, 2020, s. 349-398.

GÖKTÜRK Neslihan, *Fikri İçtima*, Ankara, 2013.

HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*. 21. Baskı. Ankara, 2017.

HEINRICH Bernd, *Ceza Hukuku: Genel Kısım I*, Ankara, 2014.

JESCHECK Hans-Heinrich., WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: AT*. 5. Auflage. Berlin, 1996.

KATOĞLU Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı:2, 2012, s. 657-694.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara, 2020.

ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul, 1989.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2017.

ÖZEN, Muharrem, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, Ankara, 2010.

ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, 2020.

ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Ankara, 2018.

PÜTZ Willy, "Der Gefahrbegriff im Strafrecht", *Dissertation*, Universität Köln, 1936.

RUHİ Canan, RUHİ Ahmet Cemal, Taksirle Yaralama ve Öldürme Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, Ankara, 2019.

SCHÜNEMANN Brend, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigeits-und Gefährdungsdelikte". Juristische Arbeitsblätter, 1975.

ŞAHİN Cumhuri, GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 11. Bası, Ankara, 2021.

TAN Hülya, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, 2020.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, "Tehlike", Erişim, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58b7c811811a51.39745308, 11.06.2021.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, "Zarar", Erişim, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58b7c819ba33d6.42166631, 11.06.2021.

ÜNAL Osman Gazi, "Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020

ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998.

YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin ve ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 22. CD, 2015/11790E., 2016/6139K. sayılı ve 18.04.2016 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 12.06.2021.

YCGK, 2007/8-244E., 2008/92K. sayılı ve 29.04.2008 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 12.06.2021.

Yargıtay 16. CD, 2017/1749E. 2017/4575K. sayılı 23.06.2017 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 17.06.2021.

YCGK, 2010/8-51E., 2010/162K., sayılı ve 06.07.2010 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 22.06.2021.

YCGK, 2017/713E., 2015/203K. sayılı ve 09.06.2015 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 23.06.2021.

Yargıtay 1. CD, 2021/1727E., 2021/2789K sayılı ve 02.03.2021 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 23.06.2021.

Yargıtay 8. CD, 2017/13712E., 2019/8670K. sayılı ve 20.06.2019 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 23.06.2021.

Yargıtay 8. CD, 2018/11628E., 2019/8717K. sayılı ve 24.06.2019 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 23.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2011/15930E., 2012/177K. sayılı ve 17.01.2012 tarihli kararı, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 23.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2012/875E., 2012/7400K. sayılı ve 15.03.2012 tarihli kararı, Erişim, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-691#>, 24.06.2021.

Yargıtay 2. CD, 2008/22591E., 2009/2621K. sayılı ve 29.01.2009 tarihli kararı, Erişim,

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=1507#>,
24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2012/29302E., 2013/27438K. ve 02.12.2013 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>,
24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2013/9210E., 2014/1233K. sayılı ve 22.01.2014 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>,
24.06.2021.

YCGK, 2013/213E. 2014/522K. sayılı ve 25.11.2014 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>,
24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2014/12487E., 2015/6649K. sayılı ve 15.04.2015 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>,
24.06.2021.

Yargıtay 16. CD, 2015/5804E., 2016/5790K. sayılı ve 10.11.2016 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2019/8835E., 2021/2547K. sayılı ve 15.03.2021 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>,
24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2019/10392E., 2021/2483K. sayılı ve 10.03.2021 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2020/2890E., 2020/6908K. sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararı, Erişim,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2013/19259E., 2014/12963K. sayılı ve 27.05.2014 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2016/3876E., 2016/10635K. sayılı ve 21.06.2016 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 24.06.2021.

Yargıtay 13. CD, 2020/4228E., 2020/9217K. sayılı ve 13.10.2020 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, 24.06.2021.

Yargıtay 12. CD, 2019/7714E., 2020/7373K. sayılı ve 22.12.2020 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 03.07.2021.

Yargıtay 3. CD, 2018/6835E., 2019/3235K. sayılı ve 18.02.2019 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 06.07.2021.

Yargıtay 12. CD, 2020/8583E. 2021/4262K. sayılı ve 25.05.2021 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 06.07.2021.

YCGK, 2018/394E., 2018/478K. sayılı ve 25.10.2018 tarihli karar, Erişim, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 22.03.2022.



PREVLAKA YARIMADASI UYUŞMAZLIĞI ve DENİZ ALANLARI SINIRLANDIRMASINA YANSIMALARI

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU*

Bu akşam vakti deniz,
O bütün hasretimiz,
Sanki gelmiş de dile,
Nedametin sesiyle,
Çarparak kayalara,
Çarparak kafalara,
Yetmez mi diyor deniz,
Karada çektiğiniz?¹

Öz

Prevlaka Yarımadası üzerindeki egemenlik uyuşmazlığı, Eski Yugoslavya'nın iki cumhuriyeti olan Hırvatistan ile Karadağ arasında halen sürmekte olan bir uyuşmazlıktır. Taraflar arasında imzalanan 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma ile Yarımada'nın geçici olarak statüsü düzenlenmiş ve Kotor Körfezi dışında, geçici karasuları sınırlandırması yapılmıştır. Söz konusu Antlaşma, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması yapmamıştır. Hırvatistan son dönemde hidrokarbon faaliyetleri ve münhasır ekonomik bölge ilanını içeren tek taraflı eylem ve işlemler icra etmektedir. Karadağ ise bu konularda itirazını bildirmekte tarafların daha önce mutabık kaldıkları Uluslararası Adalet Divanı

* Doç. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Çankaya University, Faculty of Law, Department of International Law, Ankara, Turkey.

✉ ugurbayil@cankaya.edu.tr • ORCID 0000-0002-8601-7908

¹ TARANCI Cahit Sıtkı, Otuz Beş Yaş, Bütün Şiirleri, 66. Baskı, Der., BEZİRCİ Asım, Can Yayınları, İstanbul, 2021, s. 98 ve 151.

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: BAYILLIOĞLU Uğur, "Prevlaka Yarımadası Uyuşmazlığı ve Deniz Alanları Sınırlandırmasına Yansımaları", *SÜHFD.*, C. 30, S. 2, 2022, s. 903-941.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

seçeneği üzerinde ısrar etmektedir. Eğer uyuşmazlık uluslararası yargıya arz edilirse, *uti possidetis juris* ilkesinin karada ne şekilde uygulanacağı ve denizde, hangi deniz alanında uygulanabileceği soruları tartışma konusu olacaktır. Sınırlandırma hukuku açısından ise kesme etkisiyle, adaların sınırlandırmaya etkisinin ön plana çıkacağı; ilaveten seyrüsefer çıkarları ve sahil uzunlukları meselelerinin tartışılacağı açıktır. Uyuşmazlığın çözümünde, Karadağ'ın Avrupa Birliği üyeliği perspektifi de Avrupa Birliği'nin tutumuna bağlı olarak önemli rol oynayabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Prevlaka Yarımadası • *Uti possidetis juris* • Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi • Deniz Yetki Alanları Sınırlandırması • Karasuları Sınırlandırması

THE PREVLAKA PENINSULA DISPUTE AND ITS REFLECTIONS ON THE DELIMITATION OF MARITIME AREAS

Abstract

The sovereignty dispute over the Prevlaka Peninsula is an ongoing dispute between Croatia and Montenegro, the two republics of the Former Yugoslavia. With the Treaty of 10 December 2002 signed between the parties, the temporary status of the Peninsula was regulated and temporary territorial waters were delimited, out of the Bay of Kotor. The mentioned Treaty did not delimit the exclusive economic zone and continental shelf. Croatia has recently been carrying out unilateral actions and transactions, including hydrocarbon activities and the declaration of the exclusive economic zone. Montenegro, on the other hand, expresses its objection on these issues and insists on the option of bringing the dispute to the International Court of Justice, which the parties have previously agreed upon. If the dispute is brought to international jurisdiction, the question of how the *uti possidetis juris* principle will be applied on land and in which maritime area it can be applied at sea will be the subject of discussion. In terms of law of maritime delimitation, with the cutting effect, the effect of the islands on the delimitation will come to the fore; in addition, it is clear that issues of navigational interests and coastline lengths will be discussed. Montenegro's European Union membership perspective may also play an important role in the resolution of the conflict, depending on the European Union's stance.

Key Words

Prevlaka Peninsula • *Uti possidetis juris* • United Nations Convention on the Law of the Sea • Maritime Delimitation • Territorial Sea Delimitation

GİRİŞ

Yugoslavya'nın dağılma süreci çok sıkıntılı olmuş ve 1990'lı yıllara damgasını vurmuştur. Günümüzde, işbu sürecin mirası olarak bazı hudut sorunları ile bunlara eşlik eden deniz alanları sınırlandırma sorunları halen devam etmektedir. Mezkûr şiiirde de ifade edildiği gibi bunlar aslında, karada çekilen o dönemki sıkıntıların devamı ve denizde doğurduğu sonuçlardır. Yine de bölgede, eskisi gibi sorunlara silahla çözüm aranmaması, uluslararası toplum adına önemli bir teselli vesilesidir. Hâlihazırda derdest söz konusu sorunların odağında Hırvatistan yer almaktadır.

Eldeki çalışmada, Hırvatistan'ın taraf olduğu uyuşmazlıklardan, Prevlaka Yarımadası uyuşmazlığı üzerinde durulmuştur. Söz konusu uyuşmazlığın odak noktasında Yugoslavya'nın dağılma sürecinde öne çıkan *uti possidetis juris* ilkesiyle beraber, sınırlandırma hukukuna ilişkin tartışmalar yer almaktadır. Bu çalışmada hem söz konusu uyuşmazlık çeşitli yönleriyle tanıtılacak hem de söz konusu ilke ve kurallara ilişkin tespit ve değerlendirmeler yapılacaktır. Özellikle uyuşmazlığın, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS)² sınırlandırma hukukuna ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde ortaya koyduğu sorunların analizi, bu incelemenin temel amaçlarındandır.

I. UYUŞMAZLIĞIN TARİHÇESİ VE MEVCUT HUKUKİ DURUM

Dalmaçya sahilinde yer alan ve Cape Ostro olarak da bilinen Yarımada, 2,5 kilometre uzunluk ve 460 metre genişlik ile oldukça küçük olmasına rağmen, Kotor Körfezi'nin girişine hâkim olması nedeniyle askeri ve stratejik açıdan önem arz etmektedir.³ Son yıllarda bölgedeki

² Çalışma boyunca BMDHS'ye yapılan atıflarda şu çeviri esas alınmıştır: ÖZMAN M. Aydoğan (Çev.), Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

³ Prevlaka Yarımadası'nın ebatları konusunda birbirini tamamlayan ve farklılaşan rakamlar ile Yarımada'nın stratejik önemi için bkz: BLAKE Gerald/TOPALOVIC Duško, "The Maritime Boundaries of the Adriatic Sea", Maritime Briefing, Eds., SCHOFIELD Clive/KLEMENCIC Mladen, Vol. 1, No. 8, 1996, International Boundaries Research Unit Department of Geography University of Durham, s. 41-45, <https://www.durham.ac.uk/media/durham-university/research-/research-centres/ibru-centre-for-borders-research/maps-and-databases/publications->

gelişmeler nedeniyle askeri meseleler önem sırasında yerini, turizm ve özellikle Kotor Körfezi'ne yönelik seyrüsefer meselelerine bırakmıştır.⁴ Gerçekten de gerek artık Karadağ donanmasının Kotor'da konuşlanmaması gerek her iki devletin de NATO üyesi olması, uyuşmazlığın güvenlik boyutunda değişime neden olmuştur.⁵ Bu bağlamda aşağıda da değinileceği gibi Kotor Körfezi'nde; sahil uzunluğu, liman-marina sayısı ve nüfus yoğunluğu bakımından Hırvatistan'ı katlayan Karadağ, Körfez girişinde Hırvatistan'la aynı yetkilere sahip olmak istememektedir.⁶

Yugoslavya'nın dağılma sürecinde Yarımada, Yugoslav ordusu tarafından işgal edilmiş, akabinde Birleşmiş Milletlerin (BM) girişimleri ile silahsızlandırılmış statü ile beraber, barış gücünün kontrolü altına konulmuştur.⁷ BM Genel Sekreteri'nin Prevlaka'daki BM gözlem misyonuna ilişkin 10 Aralık 2002 tarihli raporunda, uyuşmazlığın geçirdiği safahat şöyle özetlenmiştir:⁸ Güvenlik Konseyi'nin 6 Ekim 1992 tarihli 779 sayılı Kararı'yla⁹ UNPROFOR (United Nations Protection Force) bünyesinde, askeri gözlemciler görevlendirilmiştir.¹⁰ Karar'ın 2. paragrafında UNPROFOR, Yugoslav ordusunun geri çekilmesi, Yarımada'nın

database/Maritime-Briefings-(Vol.-1-no.-8).pdf (Erişim tarihi: 3.9.2021); ORLANDIC Srdjan, "The EU's Paternalistic Approach to the Integration of the Western Balkans - Border Disputes as a New Conditionality: Case of Prevlaka", Romanian Journal of European Affairs, Vol. 19, No. 1, 2019, s. 83.

⁴ ARNAUT Damir, "Adriatic Blues: Delimiting the former Yugoslavia's Final Frontier", The Limits of Maritime Jurisdiction, Eds., SCHOFIELD Clive/LEE Seokwoo/MOON-Sang Kwon, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, s. 155.

⁵ BICKL Thomas, The Border Dispute between Croatia and Slovenis—the Stages of a Protracted Conflict and Its Implication for EU Enlargement—, From the Faculty of Social Sciences of the University of Duisburg-Essen, In partial fulfilment of the requirements for the academic degree, 2019, s. 242. <https://d-nb.info/1193590914/34>, (Erişim tarihi: 2.9.2021).

⁶ Bkz: Ibid., 155 ve 58 no'lu dipnot.

⁷ Bkz: BLAKE/TOPALOVIC, s. 48–49; ARNAUT, s. 154–155; ORLANDIC, s. 84–87.

⁸ Rapor metni için bkz: Report of the Secretary-General on the United Nations Mission of Observers in Prevlaka, S/2002/1341, 10 December 2002, <https://www.refworld.org/pdfid/3f27288e4.pdf>, (Erişim tarihi: 21. 9. 2021).

⁹ Karar metni için bkz: S/RES/779 (1992), International Legal Materials, Vol. 31, s. 1474–1475.

¹⁰ S/2002/1341, para. 5.

silahsızlandırılması ve komşu bölgelerden ağır silahların çekilmesi konusundaki düzenlemelerin uygulanmasını gözlemlemekle görevlendirilmiştir. Akabinde taraflar, 23 Ağustos 1996 tarihinde, İlişkilerin Normalleştirilmesine İlişkin Antlaşma'yı¹¹ imzalamışlarsa da bu konuda bir ilerle kaydedilmemiştir.¹² Oysa Antlaşma'nın Prevlaka Yarımadası uyuşmazlığına ilişkin 4. maddesinde taraflar, BM Antlaşması ve iyi komşuluk ilişkileri çerçevesinde müzakerelerde bulunmayı taahhüt etmişlerdir. Ayrıca söz konusu maddede, güvenlik konusundaki düzenlemelerin yanı sıra, Yarımada'ya ilişkin BM gözetimindeki mevcut durumun devamı kararlaştırılmıştır. 1999 Kosova Müdahalesi, taraflar arasındaki doğrudan müzakerelerin askıya alınmasına neden olmuşsa da iktidarların değişmesiyle birlikte oluşan pozitif atmosfer sayesinde uyuşmazlığın çözümü konusunda adımlar atılmıştır.¹³ Bu adımlar, taraflar arasında, güney hududunun geçici durumunu düzenleyen 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma¹⁴ ile neticelenmiş ve böylece uyuşmazlıkta mevcut durumu sağlayan aşama ortaya çıkmıştır. En baştan vurgulamak gerekir ki söz konusu Antlaşma, adından da anlaşılacağı üzere hududun durumunu geçici olarak düzenlemiştir. Bu husus, Antlaşma'nın gerek dibace bölümünde gerek 1. ve 2. maddelerinde ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla mevcut hukuki durum itibarıyla tarafların, Yarımada üzerindeki egemenlik iddiaları ve bunun neticesi olarak deniz alanlarının belirsiz durumu devam etmektedir. Antlaşma'da egemenlik durumu ve silahsızlandırma meselesi yanında, karasuları sınırlandırmasıyla da ilgili geçici düzenlemeler yapılmıştır. Egemenlik durumu, Antlaşma'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Konfin Burnu'nun güneybatı-

¹¹ Antlaşma metni için bkz: "Agreement on Normalization of Relations between the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Croatia", International Legal Materials, Vol. 35, s. 1219-1222.

¹² S/2002/1341, para. 6.

¹³ Ibid., para. 7 ve 9.

¹⁴ Antlaşma metni için bkz: "Protocol between the Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia and the Government of the Republic of Croatia on the Interim Regime along the Southern Border between the Two States" in Letter dated 2002/12/10 from the representatives of Croatia and Yugoslavia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/2002/1348, 11 December, 2002, <https://digitallibrary.un.org/record/493008?ln=en#record-files-collapse-header>, (Erişim tarihi: 21.9.2021).

sında bulunan arazi parçalarında Hırvatistan, kuzeyinde bulunanlarda ise Yugoslavya, geçici olarak egemenlik icra edecektir.¹⁵ Böylece Prevlaka Yarımadası geçici olarak Hırvatistan egemenliğine bırakılmıştır. Antlaşma'nın 5. ve 15. maddelerinde, askeri araçların seyrüsefer ve hareketlerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Aynı zamanda turizm, balıkçılık, arama-kurtarma ve çevre konularında da düzenlemeler yer almıştır.¹⁶ Körfez'in iç kısmına ilişkin bu düzenlemelerin, gerçek bir sınırlandırmadan ziyade, bir *condominium* yarattığı tespiti yapılmıştır.¹⁷ Bununla beraber uygulamada tarafların, Antlaşma'nın Körfez'in *condominium* yaratan iç kısmına ilişkin sınır düzenlemesine, sınırlandırma özelliği atfettiklerinin altı çizilmiştir.¹⁸ Antlaşma'nın 6. maddesi ise Körfez dışında, yine geçici niteliği haiz bir karasuları sınırlandırması yapmıştır. Buna göre; Prevlaka Yarımadası'nın uç noktasında bulunan Ostro Burnu'ndan yaklaşık yarım kilometre uzakta, söz konusu Burun ile Veslo Burnu'nun bağlantı noktasından başlayan hat, 206° azimutu boyunca 12 millik düz bir hat şeklinde açık denize kat etmektedir. Söz konusu hat için özel bir yöntem takip edilmediği ve hattın, ortay hattın önemli ölçüde Karadağ lehine saptığı kaydedilmiştir.¹⁹ Bu şekilde, nihai bir çözüme ulaşılan kadar *de facto* bir sınır hattı olarak işlev gören geçici bir

¹⁵ Ayrıca bkz: ORLANDIC, s. 87.

¹⁶ Bkz: VUKAS Budislav, "Maritime Delimitation in a Semi-enclosed Sea: The Case of the Adriatic Sea", Maritime Delimitation, Eds., LAGONI Rainer/VIGNES Daniel, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 216; ARNAUT, s. 156; ORLANDIC, s. 87-88.

¹⁷ Bkz: ARNAUT, s. 156-157; BICKL, The Border Dispute, s. 242. Ortak yönetim veya ortak yönetim altındaki ülke şeklinde Türkçeye tercüme edilebilecek *condominium*, birden çok devletin aynı anda egemenliği ve yönetimi altında bulunan ülke olarak tanımlanmıştır. PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 106.

¹⁸ ARNAUT, s. 157-158.

¹⁹ Ibid., s. 158. Vukas da aynı fikirdedir. Zira yazar, Antlaşma'nın ve uygulanmasının, iki devlet arasındaki sınırlandırmaya halel getirmeyeceğine ilişkin 2. madde hükmünün iyi bir düzenleme olmasına gerekçe olarak, Hercegovski Körfezi'nde ortay hattın uygulanması gerekliliğini göstermiştir. Bkz: VUKAS, s. 216 ve eşlik eden dipnot.

rejim kurulmuştur.²⁰ Fakat düzenlemelerine taraflarca uyulmakla beraber, Antlaşma'nın onaylanmadığı belirtilmelidir.²¹

Geçici statü bu şekilde devam ederken, Karadağ'ın 18 Mayıs 2015 tarihli notasında²² bildirdiği gibi 2008'de taraflar, meselenin Uluslararası Adalet Divanı'na arzı için bir tahkimname hazırlama konusunda mutabık kalmışlarsa da bugüne kadar bu konuda bir gelişme olmamıştır. Karadağ'ın Uluslararası Adalet Divanı seçeneği konusunda daha istekli olduğu anlaşılmaktadır.²³ Buna rağmen, bu uyuşmazlığın Karadağ aleyhine işleyebilecek, Avrupa Birliği (AB) boyutu vardır. Zira Hırvatistan AB üyesi bulunmasına rağmen Karadağ müzakere eden devlet statüsündedir. Bunun da uyuşmazlığın uzaması halinde, Karadağ'ı, katılım müzakerelerine yönelik Hırvat vetosuna karşı savunmasız hale getireceği vurgulanmıştır.²⁴ Bu bağlamda, AB'nin Hırvatistan-Slovenya uyuşmazlığında proaktif bir yaklaşımla arabuluculuk yapmasına rağmen, Hırvatistan-Karadağ uyuşmazlığı için bu yönde bir tutum takınmamasının, Hırvatistan'ın AB üyeliği avantajıyla Karadağ ile eşitsiz bir ilişki kurmasına ve üstünlük sağlamasına neden olabileceği riskine dikkat çekmek gerekir.²⁵

²⁰ ORLANDIC, s. 88.

²¹ VUKAS, s. 216; BICKL Thomas, "EEZs in the Adriatic: challenges and opportunities in a semi-enclosed sea", https://site.uit.no/nclos/files/2020/12/NCLOS-Blog-Bickl-III_EEZs-Adriatic-1.pdf, 22.12.2020, s. 4 (Erişim tarihi: 3.9.2021).

²² Nota metni için bkz: "Communication from the Government of Montenegro, dated 18 May 2015 concerning exploration and exploitation of resources in the Adriatic Sea by the Republic of Croatia", https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/communications/MNG_note20150619en.pdf, (Erişim tarihi: 27.10.2021).

²³ Bkz: "Montenegro Pushes for Arbitration Over Prevlaka Dispute With Croatia", October 5, 2020, <https://balkaninsight.com/2020/10/05/montenegro-pushes-for-arbitration-over-prevlaka-dispute-with-croatia/>, (Erişim tarihi: 3.9.2021). Nitekim Karadağ söz konusu notasında, uyuşmazlığın Divan'a arz edilmesi yönündeki müzakerelerin başarısızlığını, Hırvatistan'ın tutumuna bağlamıştır.

²⁴ BICKL, *The Border Dispute*, 2019, s. 242.

²⁵ ORLANDIC, s. 90-91.

II. UYUŞMAZLIĞIN EGEMENLİK BOYUTU VE *UTI POSSIDETIS JURIS* İLKESİ

Prevlaka Yarımadası üzerinde bulunan egemenlik uyuşmazlığı, Yarımada çevresindeki deniz alanlarının tespitini de önlemektedir. Burada, uluslararası yargı içtihadında geliştirilen, “kara denize hükmeder” şeklindeki hukuki vecize ve ilke gündeme gelmektedir. Gerek Hakemlik Mahkemesi önünde görülen Grisbadarna davasında gerek Uluslararası Adalet Divanı’nın Balıkçılık kararında; devlete, sahillerindeki sular üzerinde hak bahşeden unsurun, kara ülkesi olduğu tespitinin yapıldığı aktarılmıştır.²⁶ Uluslararası Adalet Divanı, 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlılığı kararında, açıkça karanın denize hükmettiğini vurgulamak suretiyle, bir devletin deniz alanları üzerinde kullanabileceği yetkilerin yasal kaynağının kara olduğunu belirtmiştir.²⁷ Söz konusu ilkenin, Divan içtihadında, tutarlı bir şekilde tüm deniz alanlarına uygulandığı ve devletin uluslararası hukuka göre denizde sahip olduğu haklarını belirlemek için kara egemenliğinin başlangıç noktası olması gerektiği hususunun, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konduğu belirtilmiştir.²⁸

Aslında bu husus, devletin ülke unsuruna ilişkin temel kuralın da bir sonucudur. Zira bir devlet kara ülkesi nedeniyle deniz alanları üzerinde hak sahibi olur. Gerçekten de kara ülkesi, devletin ülkesinin temel unsuru niteliğindedir ve kara ülkesi olmayan bir devletin deniz ve hava ülkesine sahip olması mümkün değildir.²⁹ Dolayısıyla egemenlik uyuşmazlığı çözülmeden, deniz alanlarının sınırlandırması yapılamaz. Zira ilgili sahiller ve esas hatlar tayin edilemez.³⁰ Gerçekten de esas hattın çizimi için esas hattın başlangıcı olacak kara parçası üzerinde bir devletin egemen olması gerekir. Uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua-

²⁶ PAZARCI, s. 11; JIA Bing Bing, “The Principle of the Domination of the Land over the Sea: A Historical Perspective on the Adaptability of the Law of the Sea to New Challenges”, German Yearbook of International Law, Vol. 57, 2014, s. 69 ve 71.

²⁷ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 96’dan aktaran, JIA, s. 72.

²⁸ JIA, s. 75. İlkenin gelişim tarihçesi, ilgili Uluslararası Adalet Divanı kararları ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: Ibid., s. 63–93.

²⁹ PAZARCI, s. 11.

³⁰ Aynı yönde bkz: JIA, s. 90–91.

Kolombiya davasındaki kararında, kara denize hükmeder ilkesine atıf yaparak, öncelikle tarafların ilgili sahillerinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹ Yine Hakemlik Mahkemesi, Bangladeş–Hindistan tahkiminde verdiği kararında, deniz alanı sınırlandırmalarında, ilgili sahilin tespiti için ilk olarak “kara denize hâkimdir” ilkesinin mantık gereği olduğunu ifade etmiştir.³² İlgili sahillerden sonra da esas hatlar tespit edilecektir. Şu halde ilgili sahile ve esas hatta temel teşkil edecek kara parçası üzerinde bir egemenin bulunması gerekir. Fakat Prevlaka Yarımadası üzerinde bugün için *de jure* bir egemen yoktur. Dolayısıyla önce egemenlik uyuşmazlığı çözülmeli, yani, Yarımada üzerinde hangi devletin egemen olduğu meselesi halledilmelidir. Ancak bundan sonra, egemenlik sahibi devletin Prevlaka kara kütesinden kaynaklanan deniz alanları hakları tayin ve tespit edilebilir.

Prevlaka üzerindeki egemenlik uyuşmazlığında gündeme gelen kural, Yugoslavya'nın dağılma sürecinde öne çıkan *uti possidetis juris* ilkesidir. *Uti possidetis*, Roma Hukuku kaynaklı, eşya hukukuna ilişkin bir terim olup, 19. yüzyıl Latin Amerikası'nda eski sömürge sınırlarının yeni uluslararası hudutlara dönüşmesi şeklinde yeni bir görünüm ka-

³¹ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 140–141.

³² In the Matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration – between – The People's Republic of Bangladesh – and – The Republic of India, Award, 7 July 2014, pcacases.com/web/sendAttach/383, para. 279 (Erişim tarihi: 1.10.2021). Filipinler–Çin tahkiminde ise bu ilke, kara üzerindeki egemenlikten farklı bir anlam ve farklı bir bağlamda gündeme gelmiştir. Filipinler, ada statüsüne ilişkin BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları tartışırken, karasuları dışındaki kaynakların da kendine has ekonomik yaşamın tespitinde esas alınmasının, denizin karaya hükmetmesi şeklinde, mantık dışı bir sonuç doğuracağını ileri sürmüştür. PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award, 12 July 2016, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, para. 416. (Erişim tarihi: 1.10.2021). Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOĞLU Uğur, “Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 130, 2017, s. 419–456.

zandırmıştır.³³ Uluslararası Adalet Divanı, El Salvador ile Honduras arasındaki davada verdiği kararında, *uti possidetis juris* ilkesi söz konusu olduğunda, “jus” ile uluslararası hukukun değil, bağımsızlık öncesindeki egemenin anayasa veya idari hukukunun, somut uyuşmazlık açısından İspanyol sömürge hukukunun ortaya konduğunu belirtmiştir.³⁴ Şu halde İspanya iç hukukunun bir kuralı, uluslararası hukuk kuralı haline dönüşmektedir. Bu dönüşüm, Uluslararası Adalet Divanı’nın Burkina Faso ile Mali kararında, *uti possidetis juris* ilkesinin, sömürge döneminde tesis edilen eski idari sınırları, uluslararası hudutlara yükselten bir ilke olduğu şeklinde ifade edilmiştir.³⁵

Bu ilkenin Eski Yugoslavya ile ilgisi, Yugoslavya’nın dağılma sürecine ilişkin olarak önemli kararlara imza atan Batinder Komisyonu tarafından kurulmuştur. Söz konusu oluşum, Avrupa Ekonomik Topluluğu tarafından kurulmuş bir hakemlik komisyonu olup, başkanının adıyla anılmaktadır.³⁶ Dağılan Yugoslavya’nın iki eski cumhuriyeti olan Hırvatistan ve Slovenya arasındaki egemenlik uyuşmazlığına ilişkin,³⁷ Hakemlik Mahkemesi’nin yaptığı tespitler, ilkenin anlamlandırılması ve değerlendirilmesi bakımından fikir verici olacaktır.³⁸ Söz konusu kararda Hakemlik Mahkemesi, öncelikle tarafların, *uti possidetis juris* ilkesinin

³³ LALONDE Suzanne, “Uti Possidetis: Its Colonial Past Revisited”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. 34, No. 1, 2001, s. 27–28.

³⁴ Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment, 11 September 1992, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/75/075-19920911-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 333, (Erişim tarihi: 30.9.2021).

³⁵ Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 23.

³⁶ AZARKAN Ezeli, “Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova’nın Tanınması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s. 144–145. Komisyonun oluşumu ve tespitleri hakkında bilgi için bkz: *Ibid.*, s. 143–158.

³⁷ Söz konusu uyuşmazlık hakkında bilgi ve değerlendirmeler için bkz: BLAKE/TOPALOVIC, s. 19–33; VUKAS, 209–215; ARNAUT, s. 148–154; BICKL, *The Border Dispute, passim*,

³⁸ Karar metni için bkz: PCA Case No. 2012-04, In The Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, Signed on 4 November 2009, –between Republic of Croatia and–Republic of Slovenia, Final Award, 29 June 2017, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2172>, (Erişim tarihi: 29.9.2021).

uluslararası hukukun kara hudutlarının tespitine ilişkin temel nitelikli kural teşkil ettiği konusunda mutabık olduklarını belirtmiş ve ilkenin tarihi gelişimine değinmiştir.³⁹ Akabinde Hakemlik Mahkemesi, Badinter Komisyonu'nun *uti possidetis juris* ilkesinin Eski Yugoslavya'da hudut tespiti için temel kural olduğu yönündeki yaklaşımını vurgulamıştır. Hakemlik Mahkemesi, Komisyonun, Sırbistan'ın Hırvatistan ve Bosna-Hersek ile arasındaki mevcut dâhilî sınırların, uluslararası hukuk anlamında, hudut olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna; başka türlü kararlaştırılmadıkça, eski sınırların, uluslararası hukuk tarafından korunan hudutlara dönüştüğü cevabı verdiğini aktarmıştır.⁴⁰ Buradaki eski ve mevcut sınırlar da Eski Yugoslavya dönemindeki cumhuriyetlerin sınırlarına tekabül etmektedir. Her ne kadar taraflar arasındaki uyuşmazlık çözülmemiş⁴¹ olsa da çözüme yönelik ilke, açıkça ortaya konmuştur. Aynı ilke Prevlaka uyuşmazlığı için de geçerlidir ve söz konusu uyuşmazlık da bu ilke çerçevesinde çözülecektir.

Prevlaka'nın durumuna baktığımız zaman "eski sınırlar" meselesinin karışık olduğu görülmektedir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra Prevlaka'nın, Federal Yugoslavya içindeki Hırvatistan Cumhuriyeti'nin bir parçası haline geldiği belirtilmiştir.⁴² Fakat 1950'lerde Yugoslav ordusu tarafından özel bir rejim altına alındığı, çeşitli kamulaştırmaların yapıldığı ve sadece askeri amaçlara tahsis edildiği görülmektedir.⁴³ Yine de Hırvatistan ve Karadağ, Yarımada'yı, kendi idari sınırları içinde göstermeye devam etmişlerdir.⁴⁴ Böylece Karadağ, halefiyet çerçevesinde Yugoslavya dönemindeki bölgenin özel rejimine dayanmakta, Hırvatistan

³⁹ Ibid., para. 256.

⁴⁰ Ibid., para. 257. Ayrıca bkz: AZARKAN, s. 151-153.

⁴¹ Hırvatistan, hakemlik sürecine ilişkin bilgi sızdırma ve mahremiyetin bozulması nedeniyle Slovenya ile arasındaki Hakemlik Antlaşması'nı sona erdirmiş ve kararı tanımamıştır. Buna ilişkin bilgi ve değerlendirme için bkz: RUNJIC Ljubo, "Consequences of the Ex Parte Communications in the Arbitration between Croatia and Slovenia", *Pecs Journal of International and European Law*, No. 1-2, 2019, s. 6-28. Hakemlik süreci ve karar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler ile müteakip gelişmeler için bkz: BICKL, *The Border Dispute*, s. 167-204.

⁴² BLAKE/TOPALOVIC, s. 48.

⁴³ Bkz: Ibid., s. 43-45; ORLANDIC, s. 84.

⁴⁴ Ibid., s. 84.

ise Yarımada'nın eskiden beri sınırları dâhilinde bulunduğu iddiasını temel almaktadır.

Eğer uyuşmazlık, daha önce kararlaştırıldığı gibi uluslararası yarıya havale edilirse, *uti possidetis juris* ilkesi, bu iddialar karşısında uygulanacaktır. Fakat eğer eski sınırların durumunun tespitinin şüpheden uzak bir şekilde mümkün olmaması gibi bir nedenle *uti possidetis juris* ilkesinin somut olarak uygulanması yetersiz kalırsa, bu durumda, Uluslararası Adalet Divanı'nın Latin Amerika'ya ilişkin bazı davalarda yaptığı gibi etkililik, kritik tarih, üçüncü devletlerin tutumları vb. gibi diğer kriterlere müracaat etmek gerekebilir.⁴⁵ Şüphesiz bu kriterler, *uti possidetis juris* ilkesinin uygulanmasını desteklemek, söz konusu ilkeye unsur sağlamak için de kullanılabilir.

Bir diğer ihtimal olarak Batinder Komisyonu'nun görüşünde de açıklandığı gibi taraflar, bir antlaşma vasıtasıyla başka türlü bir sonuca da varabileceklerdir. Fakat her hâlükârda egemenlik uyuşmazlığı çözüldükten sonra, artık deniz alanları meselesi üzerine odaklanmak mümkün olacaktır.

III. DENİZ ALANLARI SINIRLANDIRMASI KONUSUNDA MUHTEMEL ÇÖZÜMLER

A. Tarafları Bağlayan Sınırlandırma Hukuku Kuralları

Bölgede sınırlandırmanın nasıl yapılabileceğini saptamak için öncelikle tarafların bağlı oldukları sınırlandırma hukuku kurallarına değinmek gerekir. Bunun için de öncelikle tarafların BMDHS karşındaki durumları tespit edilmelidir. Hırvatistan, 5 Nisan 1995'te, Karadağ ise 23 Ekim 2006 tarihinde halefiyet yoluyla, BMDHS'ye taraf olmuştur.⁴⁶ Dolayısıyla taraflar, BMDHS'nin karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasına ilişkin 15., 74. ve 83. maddeleri ile bağlıdırlar.

⁴⁵ Bkz: El Salvador–Honduras: Nicaragua intervening, para. 40 vd.; Nicaragua–Colombia, para. 57–103

⁴⁶ Bkz: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#4, (Erişim tarihi: 4.10.2021).

BMDHS'nin bitişik veya karşılıklı sahillerde karasuları sınırlandırmasını düzenleyen 15. maddesinde, sahilleri bitişik ya da karşılıklı devletler arasında sınırlandırmanın antlaşma ile yapılacağı, antlaşmanın bulunmaması halinde ise ortay hat/tarihi haklar/özel şartlar kuralına göre çözüm bulunacağı belirtilmiştir.⁴⁷

BMDHS'nin bitişik veya karşılıklı sahillerde münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırılmasını düzenleyen 74/1. ve 83/1. maddelerinde, sahilleri bitişik ya da karşılıklı bulunan devletler arasında münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasının, hakkaniyete/hakça ilkelere uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla antlaşma ile gerçekleştirilmesi öngörülmüştür.

Deniz yetki alanları sınırlandırması açısından gerek 1958 Cenevre Sözleşmesi'nin gerek BMDHS'nin ve gerekse de örf ve adet kurallarının, hakça ilkelere uygun bir sınırlandırmada birleştiği belirtilmiştir.⁴⁸ Aynı şekilde, hakça çözüm ilkesinin, hem karasuları hem de münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması için tek bir sınırlandırma kuralı haline geldiği de vurgulanmıştır.⁴⁹ Yine ilgili şartlar olarak kabul edilen unsurlar da hakça ilkelere uygun çözüm açısından belirleyici rol oynamaktadır. Hülasa; uluslararası yargı içtihadı ışığında hakça ilkeler, deniz yetki alanları sınırlandırmasını düzenleyen temel bir örf ve âdet hukuku kuralı niteliğindedir ve anlaşma yoluyla tüm ilgili şartların dikkate alınarak hakça bir çözüme ulaşılmasını sağlar.⁵⁰

⁴⁷ Karasuları sınırlandırmasına ilişkin bilgi ve değerlendirmeler için bkz: BAYILLI-OĞLU Uğur, *Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, *passim*.

⁴⁸ BAŞEREN Sertaç Hami, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırması Sorunu: Tarafların Görüşleri, Uluslararası Hukuk Kurallarına Göre Çözüm ve Sondaj Krizi", *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset*, Yayına Hazırlayan, BAŞEREN Sertaç Hami, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 285-286.

⁴⁹ ACER Yücel, "Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Hukuku", *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset*, Yayına Hazırlayan, BAŞEREN Sertaç Hami, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 309.

⁵⁰ KWIATKOWSKA Barbara, "Equitable Maritime Boundary Delimitation—A Legal Perspective", *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, Vol. 3, 1988, s. 289. Ayrıca bkz: PAZARCI, s. 371 ve 383-384. Sınırlandırma hukukuna ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOĞLU Uğur, *Türkiye-Libya Ant-*

Şu halde sınırlandırma, tarafları bağlayan bu kurallar çerçevesinde yapılacaktır. Öncelikle vurgulamak gerekir ki Prevlaka Yarımadası, egemenlik yanında, bu egemenliğe bağlı olarak sahip olunacak deniz alanları için de önem arz etmektedir. Nitekim Hırvat Sınır Komisyonu başkanına dayandırılarak, Yarımada'nın, potansiyel olarak 252 kilometrekare karasuları, 4,300 kilometrekare de kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge üreteceği aktarılmıştır.⁵¹ Şüphesiz bu, sadece Yarımada için yapılan bir değerlendirmedir ve Molunat ve Vitaljina gibi Konavle'nin diğer bölgelerini kapsamamaktadır. Farklı egemenlik varyasyonları neticesinde ilgili sahil ve esas noktalar değişeceği için, deniz alanlarına ilişkin değerlendirmelere, 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma'yla öngörülen geçici egemenlik durumunun kalıcı hale geleceği varsayımıyla devam edilecektir.

B. Karasuları Sınırlandırması

Öncelikle Körfez içine ilişkin karasuları sınırlandırması açısından meseleye bakıldığında, şu tespitler yapılabilir: Bölgenin coğrafyası açısından Kotor Körfezi'nin girişindeki deniz girintisi, Hercegovski (Herceg Novi) Körfezi olarak adlandırılmaktadır. Hırvat doktrininde, Hercegovski Körfezi içinde ortay hattan sapmak için bir neden bulunmadığı görüşünün ileri sürüldüğü aktarılmıştır.⁵² Nitekim Hırvat Hükümetinin kurduğu komisyonun da ortay hat esaslı bir teklifte bulunduğu bildirilmiştir.⁵³ Körfez içinde ortay hat esaslı bir karasuları sınırlandırması yapılması halinde, Hırvatistan, Kotor Körfezi'nin giriş kısmının yarısına kadar yetki elde edecektir.⁵⁴ Gerçekten de yukarıda da belirtildiği gibi bu ihtimalde, Körfez'de 100 kilometreden uzun sahil şeridinde sahip, toplam altı büyük liman ve marinasından beşi Körfez içinde yer alan ve nüfusunun yüzde onundan fazlası Körfez sahilinde yaşayan

laşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 97–104 ve eşlik eden dipnotlar.

⁵¹ BLAKE/TOPALOVIC, s. 52.

⁵² Z. Seissel, "O razgraničenju morskih prostora Hrvatske i Crne Gore", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 48, No. 4 (Zagreb, 1998), pp. 423–436'dan aktaran, VUKAS, s. 216

⁵³ BLAKE/TOPALOVIC, s. 53 ve 43, figure 17.

⁵⁴ ARNAUT, s. 155.

Karadağ'a, Körfez'de 10 kilometreden az sahili bulunan ve hiç limanı ve nüfusu olmayan Hırvatistan'la seyrüsefer açısından eşit yetkiler verecektir.⁵⁵ Karadağ bunu kabul etmemektedir ki egemenlik uyuşmazlığı da esas itibariyle Kotor Körfezi içinde Hırvatistan'ın sahili sahip olup olmaması odaklıdır. Eğer Yarımada, Karadağ egemenliğine verilirse, Körfez içinde Hırvatistan'ın sahili bulunmayacağı için karasuları sınırlandırması meselesi gündeme gelmeyecektir. Fakat mevcut egemenlik durumu kalıcı hale gelirse, Körfez içinde karasuları sınırlandırması yapılması gerekecektir. Bu durumda da BMDHS'nin 15. maddesinde yer alan, ortay hat/tarihi haklar/özel şartlar kuralına göre bir çözüm bulunacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma'da öngörülen ve aslında *condominium* yaratan sınır, taraflarca bir sınır hattı olarak muamele görmektedir. Tarafların sınır özelliği atfettikleri mevcut düzenlemedeki sınır, Karadağ lehine ortay hattan sapmıştır. Söz konusu Antlaşma ile tespit edilen egemenliğe ilişkin geçici statü, kalıcı hale gelecekse, bu takdirde tarafların sınır özelliği atfettikleri mevcut düzenlemenin muhafazası, Karadağ'ın lehine olacaktır. Karadağ'ın, Körfez içinde daha fazla karasuları alanı elde etmesi, aksine bir antlaşma dışında, (ki Hırvatistan buna yanaşmayabilir) hakça ilkeler ve BMDHS'nin 15. maddesine göre mümkün gözükmemektedir. Bu çerçevede Arnaut da, Körfez içi açısından, Antlaşma düzenlemelerini veya ortay hattan saptayı haklı kılacak özel şartların varlığı konusunda iyimser değildir.⁵⁶ Bunun iki nedeni vardır. Biri, sahillerin yapı ve uzanımı, diğeri ise Mamula (Lastavica) Adası'na tanınan etkidir.

Mevcut egemenlik durumunda Körfez içindeki coğrafya açısından bakarsak, Hırvat sahili Konfin Burnu'ndan Ostra Burnu'na kadar içbükey, karşıdaki Karadağ sahili ise Durov Kam Burnu'ndan Zanjic Körfezi'ne kadar dışbükey bir niteliktedir. Dolayısıyla karasuları sınırlandırması açısından kesme etkisi söz konusu olabilir. Nitekim karasuları sınırlandırması için bu ihtimal Bangladeş-Hindistan tahkiminde gündeme gelmiştir. Bangladeş, sahilinin içbükey niteliğinin, karasuları sınırlandırılması açısından özel şart oluşturduğunu iddia etmiştir.⁵⁷ Hakem-

⁵⁵ Ibid., s. 155 ve 58 no'lu dipnot.

⁵⁶ Ibid., s. 158-159.

⁵⁷ Bangladesh-India, para. 234 ve 239.

lik Mahkemesi ise, Bengal Körfezi'nin içbükey yapısının, ortay hattan sapılmasını gerektiren önemli bir kesme etkisi sonucu doğurmadığını belirtmiştir.⁵⁸ Uluslararası Adalet Divanı önünde görülen Kosta Rika-Nikaragua davasında da Nikaragua, Karayip Denizi'ndeki karasuları sınırlandırması için benzer iddiada bulunmuştur.⁵⁹ Divan ise ilgili bölgede Nikaragua sahilinin içbükey uzanımına karşılık Kosta Rika sahilinin dışbükey uzanımının, ortay hattan sapmayı haklı kılacak bir önem ifade etmediğini belirtmiştir.⁶⁰

Fakat uyuşmazlığın Pasifik Okyanusu tarafında ise değerlendirme değişmiştir. Nikaragua, Kosta Rika'ya ait Santa Elena Yarımadası için bozma ve kesme etkisi argümanını ileri sürmüştür.⁶¹ Divan ise Santa Elena Yarımadası'nın, küçük bir sahil projeksiyonu olmadığını, karasuları sınırlandırmasının yapılacağı bölgedeki Kosta Rika sahillerinin büyük bir bölümünü oluşturduğunu belirtmiş ve bu veriler çerçevesinde, ortay hatta Nikaragua'nın iddia ettiği düzeltmenin, hattı, Nikaragua'nın sahil projeksiyonlarını önemli ölçüde kesecek şekilde Kosta Rika'ya yaklaştıracak olduğunu belirtmiştir.⁶² Görüldüğü gibi burada "önemli" nitelemesinin yapılmasına, Yarımada'nın küçük olmaması ve Kosta Rika sahilinin büyük bölümünü oluşturması dayanak teşkil etmiştir.

Tarafların, Kotor Körfezi içinde yer alan sahillerinin içbükey ve dışbükey uzanımının, "önemli" olup olmadığı değerlendirmeye açıktır. Mesela Karadağ'ın dışbükey sahili, kısa değildir; sınırlandırma konusu bölgedeki Karadağ sahillerinin de azımsanamayacak bir bölümünü teşkil etmektedir. Fakat tekrara düşmek pahasına şu husus vurgulanmalıdır ki 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma'da öngörülen ve taraflarca sınır özelliği atfedilen düzenleme, önemli de olsa önemsiz de olsa Hırvatistan'ın içbükey sahiline rağmen, ortay hattan sapmıştır. Dolayısıyla eğer bu sapma "önemli" nitelemesini karşılıyor olarak kabul edilirse, Hırvat

⁵⁸ Ibid., para. 272.

⁵⁹ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2018, para. 101.

⁶⁰ Ibid., para. 103.

⁶¹ Ibid., para. 171.

⁶² Ibid., para. 174.

sahilinin kesme etkisine maruz kaldığı söylenebilecektir. Kesme etkisi değerlendirmesi, söz konusu sahilin sınırlandırma konusu bölgedeki Hırvat sahillerinin de azımsanamayacak bir bölümünü teşkil ettiği coğrafi gerçeği karşısında daha da öne çıkmaktadır. Şüphesiz taraflar anlaşmaya varıp, geçici düzenlemeyi bir deniz sınırı şeklinde kalıcı hale getirirlerse, bir sorun ortaya çıkmaz. Fakat uyumsuzluk halinde mesele, uluslararası yargıya arz edilirse, mevcut düzenlemedeki Hırvat içbükey sahiline rağmen ortaya çıkan bu sapma, yetkilendirilen mahkeme tarafından kesme etkisi olarak değerlendirilebilir ve deniz sınırı, Karadağ sahili aleyhine ortay hatta çekilebilir.

Karasuları sınırlandırması açısından gündeme gelen bir diğer mevzu, Karadağ'a ait Mamula Adası'nın durumudur. 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma'da öngörülen ve taraflarca sınır özelliği atfedilen düzenlemede, söz konusu adaya tam etkinin de ötesinde, ortay hattı aşacak derecede etki verilerek, Prevlaka Yarımadası'nın etkisinin azaltıldığı görülmektedir. Fakat sınırlandırma hukukunda, tarafların anlaşması dışında, böyle bir uygulamaya dayanak teşkil edecek bir kural bulunmamaktadır. Bu durum özellikle Hırvatistan'ın da ortay hat yönünde bir tutum alması karşısında önem kazanmaktadır. Karasuları sınırlandırmasında adalar söz konusu olduğunda tartışmanın ve yargı kararlarının odağını; adaların, hakça ilkelere ulaşmak için özel şart olarak kabulü ve bu bağlamda etkilerinin ne kadar sınırlanacağı veya en azından ortay hatta kadar ne kadar etki edecekleri oluşturmaktadır.⁶³ Bir başka ifadeyle mesele, adanın ortay hatta kadar ne kadar etki göstereceğidir; yoksa adanın ortay hattı, bir anakara aleyhine aşması değildir. Dolayısıyla taraflarca sınır özelliği atfedilen Antlaşma düzenlemesinde, Mamula Adası'nın tam etki göstermenin yanında, ortay hattı da aşan bir etki göstermesi, hakça ilkeler açısından sorunludur. Tarafların anlaşamaması halinde, mesele uluslararası yargıya arz edilirse mahkeme; deniz sınırını, en azından ortay hatta kadar çekecektir. Kaldı ki yukarıda belirtildiği

⁶³ Bkz: BAYILLIOĞLU, Ege Karasuları Sınırlandırması, s. 197-217. Ayrıca genel olarak bkz: BRISCOE John/PROWS Peter, "The Role of Islands in the Generation of Boundaries at Sea", The Limits of Maritime Jurisdiction, Eds., SCHOFIELD Clive/LEE Seokwoo/MOON-Sang Kwon, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, s. 85 vd.

gibi Hırvatistan'ın, doktrin tarafından desteklenen tutumu da Körfez içinde ortay hat esaslı bir sınırlandırmadır ki Hırvatistan bu şekilde Ada'ya karasuları sınırlandırmasında tam etki vermeyi kabul etmektedir. Aşağıda inceleneceği gibi Mamula Adası'nın durumu, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından da önem arz etmektedir.

Kotor Körfezi içine ilişkin Karadağ'ın temel endişesini oluşturan seyrüsefer meselesi, karasuları sınırlandırmasına etki edebilmektedir. Nitekim Hakemlik Mahkemesi, Guyana-Surinam tahkiminde verdiği kararında, özel seyrüsefer şartlarının ortay hattın sapmayı haklı çıkarabileceğini vurgulamış ve taraf devletlerin selefleri tarafından yapılan ve seyrüsefer durumunu gözeten anlaşma ile tespit ettikleri, N10°E hattını, ilk 3 mil için kabul etmiştir.⁶⁴ Böylece ilk 3 mil için deniz sınırı, ortay hattın, Corentyne Nehri'ne ulaşım için Surinam lehine sapsınmış, 3 milden 12 mile kadar ise ortay hat uygulanmıştır.⁶⁵ Karar bu yönü itibarıyla, Körfez'deki seyrüsefer durumları ve bu etkinliğe bağlı liman ve nüfus meselesini ön planda tutan Karadağ'a, Körfez içinde lehine olarak ortay hattın sapsınmak için bir argüman sağlamaktadır. Fakat aynı tespitin, tersen bir okumayla Hırvatistan'ın Körfez'e yönelik seyrüsefer çıkarları çerçevesinde yapılabileceği de vurgulanmalıdır. Böylece Hırvatistan da seyrüsefer durumlarını ileri sürmek suretiyle, ortay hattın sapsınmamak veya aleyhine daha az sapsınmasını sağlamak için bahsedilen karardaki tespitlere dayanabilecektir.

Mevcut egemenlik durumunda Körfez dışındaki karasuları sınırlandırması için meseleye bakarsak, yukarıda belirtildiği gibi 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma'nın 6. maddesi ile tespit edilen geçici deniz sınırı, Ostro Burnu ile karşıdaki Veslo Burnu'nun bağlantı noktasından başlayan ve 12 millik mesafeye kadar 206° azimutu boyunca uzanan hat ola-

⁶⁴ Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in accordance with AnnexVII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, In the Matter of an Arbitration between: Guyana and Suriname, Award of the Tribunal, 17 September 2007, pcacases.com/web/sendAttach/902, para. 306. (Erişim tarihi: 13.10.2021). Hakemlik Mahkemesi, seyrüsefer meselesine ilişkin olarak Beagle Kanalı ile Manş Denizi tahkimlerinde yapılan tespitleri de dayanak alarak bu sonucu ortaya koymuştur. Bkz: *Ibid.*, para. 304-305 ve 353 no'lu dipnot.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 323-325.

rak tanımlanmıştır. Söz konusu sınır, Karadağ sahili lehine ve Prevlaka'ya doğru, hatırı sayılır derecede ortay hattan sapmıştır. Bu sapmadaki etkenlerden biri, Mamula Adası'na, tıpkı Körfez içinde olduğu gibi bu defa güneybatı istikametinde tam etkiyi de aşan bir etki verilmesidir. Burada da Körfez içine ilişkin yapılan değerlendirmeler geçerlidir. Zira özel şart olan aslında adanın durumu olacağı için tarafların başka türlü anlaşması dışında, eğer mesele uluslararası yargıya arz edilirse, yetkilendirilen mahkeme tarafından hat, en azından ortay hatta kadar çekilecektir.

Yarımada'nın uç noktasındaki Ostro Burnu, bir ölçüde dışbükey bir sahil olarak kabul edilebilir. Buna karşılık, karşıda yer alan ve sınırlandırma alanına projeksiyonu bulunan Karadağ sahili, Zanjic Körfezi'nin güneydeki uç noktası olan Miristra Burnu ile Veslo Burnu arasında, güneydoğu istikametinde uzanmaktadır. Söz konusu sahil hattının, uzanımı itibariyle içe doğru açılmak suretiyle bir ölçüde içbükey bir nitelik arz ettiği söylenebilir. Fakat her iki ihtimal de Uluslararası Adalet Divanı'nın Kosta Rika–Nikaragua kararında yer alan Santa Elena Yarımadası için yaptığı anahtar değerlendirme olan bozma ve kesme etkisinin "önemli derecede" olması nitelemesi karşısında, ortay hattan saptmaya müsaade etmemektedir. Dolayısıyla Körfez dışında karasuları sınırlandırmasının, ortay hat esasında yapılması BMDHS'nin 15. maddesine ve bu hükmü yorumlayıp uygulayan uluslararası yargı içtihadına uygun olacaktır. Fakat seyrüsefer meselesi, Guyana–Surinam tahkimi örneğinde olduğu gibi değerlendirmeye açıktır ki Körfez girişi açısından Hırvatistan lehine ortay hattan bir sapma bile düşünülebilir.

C. Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge Sınırlandırması

Öncelikle belirtmek gerekir ki tıpkı karasuları sınırlandırması için yapıldığı gibi kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasına ilişkin değerlendirmelerde de, 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma'yla öngörülen geçici egemenlik durumunun kalıcı hale geleceği varsayımıyla hareket edilecektir.

Sınırlandırma konusu coğrafyada, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırması açısından, uluslararası yargı içtihadı çerçevesinde hakça ilkeler bağlamında öne çıkan ilgili şart değerlendirmeleri,

Mamula Adası'nın durumu ve kesme etkisidir. Hırvat doktrininde, Körfez'in doğal giriş noktalarını Ostro Burnu ile Mamula Adası oluşturduğu için karasuları yanında, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasının da bu iki noktayı birleştiren hattın başlaması gerektiği ileri sürülmüştür.⁶⁶ Aynı durumun, Hırvat Hükümetinin kurduğu komisyonun, ortay hat esaslı teklifinde de bulunduğu görülmektedir.⁶⁷ Böylece Ada'nın sınırlandırmanın başlangıcında, esas nokta olarak dikate alınması ve ortay hatta kadar etki göstermesi sağlanmıştır. Hat, hemen hemen güney yönünde düz bir şekilde bir süre devam ettikten sonra bu defa ortay hattın Hırvatistan lehine saptır. Şüphesiz taraflar, bu sınırlandırma hattı üzerinde anlaşabilir. Fakat anlaşmazlık halinde mesele uluslararası yargıya havale edilirse, gerek Mamula Adası'nın durumu ve etkisi gerek ortay hattın Hırvatistan lehine saptırmanın doğurduğu, Karadağ sahili üzerindeki kesme etkisi, en önemli tartışma olacaktır.⁶⁸ Bu tartışma, Hırvat teklifinden tamamen bağımsızdır; Hırvatistan'ın tutumu değişse bile tarafların ilgili sahillerinin coğrafi yapı ve durumu nedeniyle kesme etkisi, muhtemel bir deniz yetki alanları sınırlandırma davasında, temel odak noktası olacaktır.

Mamula Adası'nın deniz yetki alanları sınırlandırmasındaki durumu açısından ilk gündeme gelen konu, statüsünü tayin olacaktır. Buna göre söz konusu ada, ya BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya, ya da 121/2. maddesi çerçevesinde tam yetkili ada olarak değerlendirilecektir. Bunun için de BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan insanların oturmasına elverişli olma ve kendine has bir ekonomik yaşama sahip olma şartlarını taşıyıp taşımadığı incelenecektir. Eğer söz konusu şartları taşımıyorsa, kaya statüsü arz ettiği için kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanları üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Mamula Adası son derece az bir yüz ölçüme sahip, oldukça küçük, ıssız bir adadır. Meskün değilse de, üzerindeki eski kalenin lüks bir otele çev-

⁶⁶ Z. Seissel, "O razgraničenju morskih prostora Hrvatske i Crne Gore", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 48, No. 4 (Zagreb, 1998), pp. 423-436'dan aktaran, VUKAS, s. 216

⁶⁷ BLAKE/TOPALOVIC, s. 53 ve 43, figure 17. Sınırlandırma hattının açık denize doğru devam eden görseli için bkz: Ibid., s. 45, figure, 19.

⁶⁸ Arnaut, özellikle kıta sahanlığı için kesme etkisini ön plana çıkarmıştır. ARNAUT, s. 159.

rilmesi ve sahiline marina yapılarak turizme açılması yönünde büyük bir dönüşüm planına maruz bırakıldığı görülmektedir.⁶⁹ Güney Çin Denizi tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin ortaya koyduğu ölçütler çerçevesinde, bu faaliyetlerin insanların oturmasına elverişli olma ve kendine has bir ekonomik yaşama sahip olma şartlarını karşılayıp karşılamadığı ve bunun sonucunda Mamula'nın, tam yetkili bir ada mı yoksa bir kaya mı olduğuna hükmedilecektir. Söz konusu karardaki insan eliyle yapılan modifikasyonların etkisizliği⁷⁰ ve yerleşimin geçici olmayan karakterine yapılan vurgu;⁷¹ yine bazı adalar için küçük ebat neticesi yaşam alanına sahip olamama, çoraklık, tatlı su kaynakları ve bitki örtüsünden mahrum olma durumlarının, kaya statüsü olarak kabulü gibi nedenler,⁷² Mamula için kaya statüsü değerlendirilmesinin yapılmasını gerektirebilir.

Bir an için Mamula'nın tam yetkili ada olduğu varsayılırsa, bu durumda da adaların sınırlandırmaya etkisi meselesi gündeme gelecektir. Zira adaların deniz alanlarına sahip olmaları ile sınırlandırmadaki rolleri farklıdır.⁷³ Uygulamada adaların sınırlandırmaya etkileri açısından, konum ve ebatın temel etken olduğunu vurgulayan Ahnish, bu etkiyi konum açısından dörde ayırmıştır.⁷⁴ Buna göre; bir devletin anakara karasuları içinde kalan adalar tam etki, anakaraya yakın ve fakat karasu-

⁶⁹ "From concentration camp to luxury hotel: Last look at Mamula Island as an anti-fascist history museum", <https://www.telegraf.rs/english/3092147-from-concentration-camp-to-luxury-hotel-last-look-at-mamula-island-as-an-antifascist-history-museum>, (Erişim tarihi: 15.10.2021).

⁷⁰ The South China Sea Arbitration Award, para. 305,

⁷¹ Ibid., para. 542.

⁷² Ibid., para. 557–558. İlâveten adada oturan insanların, ağırlıklı olarak dışarıdan yapılan erzak tedarikine bağlı şekilde yaşamasının, söz konusu insanların ada üzerindeki mevcudiyetinin, adanın bizatihi kendisi tarafından değil, tam tersine, anakara ile devamlılık arz eden bir erzak ve haberleşme kanalı ile sağlanmasının, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartlar anlamında olumsuz durumlar olarak karşılanması da (Ibid., para. 620) Mamula'nın tam yetkili ada statüsünün sorgulanması açısından kayda değerdir. Hakemlik Mahkemesi'nin adalar hakkında bu tespitleri de içeren tespit ve değerlendirmeleri için bkz: BAYILLIOĞLU, Güney Çin Denizi Tahkiminde, s. 429 vd.

⁷³ ACER, s. 318.

⁷⁴ AHNISH Faraj Abdullah, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 364–365.

ları dışında konumlanmış adalar kısmi etki göstermektedir. Ortay hat üzerinde veya yakınında konumlanmış adalar, diğer değerlendirmelere göre etki göstermeyebilecekleri gibi tam veya kısmi etki de gösterebilirler. Diğer devletin anakarasına yakın adalar ise kısmi etki gösterebilecekleri gibi etki göstermeyebilirler. Adalar, konumları itibariyle bir diğer açıdan, doğru taraftaki adalar, ortay hatta yakın adalar ve ters taraftaki adalar olarak üçe ayrılıp, etki değerlendirilmesine tabi tutulmaktadır.⁷⁵

Konum itibariyle Mamula Adası'na benzeyen bir durumu, yukarıda değinilen Uluslararası Adalet Divanı önünde görülen Kosta Rika–Nikaragua davasında gündeme gelen, Karayip Denizi'ndeki Nikaragua'ya ait Corn Adaları oluşturmaktadır. Şüphesiz bu tam bir benzerlik değildir; zira coğrafya ve adaların durumu farklıdır. Nitekim bahsi geçen kararda da atıf yapıldığı gibi, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Bangladeş–Myanmar kararında, bir adanın deniz yetki alanları sınırlandırmasına etkisi konusunda genel bir kural bulunmadığı, bunun, coğrafi gerçeklikler ve somut olayın özelliklerine göre değişeceği; zira, her somut olayın eşsiz doğası gereği spesifik bir muameleyi gerektirdiği, asıl amacın ise hakça bir sonuca ulaşmak olduğu yönündeki tespiti hatırlatılmalıdır.⁷⁶ Burada sadece fikir vermesi açısından konum itibariyle bir benzetme mümkün olabilir. Zira Corn Adaları da Mamula da doğru tarafta konumlanmıştır. (Fakat Ahnish'in paradigmasına göre Corn Adaları karasuları dışındayken, Mamula Adası karasuları içindedir.)

Kosta Rika–Nikaragua kararında Uluslararası Adalet Divanı, Corn Adaları'nın sınırlı boyutları ve anakara sahillerinden hatırı sayılır uzaklıkları (26 mil) göz önüne alındığında, geçici eşit uzaklık çizgisine etkilerinin, boyutları itibariyle orantısız olduğunu, dolayısıyla, söz konusu adalara yarım etki verilmesinin uygun olacağını, bunun da Kosta Rika lehine geçici eşit uzaklık çizgisinin düzeltilmesi anlamına geleceğini belirtmiştir.⁷⁷ Mamula Adası'nın deniz yetki alanları sınırlandırmasındaki etkisinin sınırlanabileceğini gösteren bu örnek, meselenin uluslara-

⁷⁵ Bkz: ACER, s. 318. Ters taraftaki adaların etkileri konusunda bazı uygulamalar ve değerlendirmeler için bkz: Ibid., s. 319–322.

⁷⁶ Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, para. 317.

⁷⁷ Costa Rica–Nikaragua, para. 153–154.

rası yargıya arz edilmesi halinde taraflarca ve yetkilendirilen mahkeme tarafından mutlaka atıf konusu yapılacaktır. Fakat Mamula Adası'nın, Karadağ sahilinin güneydoğu istikametinde içe doğru açılmak suretiyle arz ettiği içbükey nitelik nedeniyle tam etki göstermesi, hakça ilkelere uygun olabilir. Zira böylece Karadağ sahilinin bu dezavantaj nedeniyle maruz kalacağı kesme etkisi, tam olmasa da kısmi bir ölçüde azaltabilir. Burada yine Kosta Rika–Nikaragua kararında Uluslararası Adalet Divanı'nın bir değerlendirme ve uygulaması yol gösterebilir. Söz konusu uyuşmazlıkta, diğer devletin (Kosta Rika) sahili içbükeyken ve adalara yarım etki verilmesi kesme etkisini azaltacakken,⁷⁸ burada adanın sahibi devletin (Karadağ) sahilinin bu özelliği, kesme etkisini bertaraf için, tam etki uygulamasının hakça olacağını düşündürebilir.⁷⁹ Böylece Ostra Burnu'yla Mamula Adası arasındaki ortay hattın başlayacak hat, güney yönünde açık denize uzanacaktır. Fakat açığa gittikçe Mamula'nın etkisi azalacaktır ki bu da Karadağ sahilinin maruz kalacağı kesme etkisinin tam olarak önlenmesi için başka bazı uygulamalar yapılmasının gerekli olduğunu göstermektedir.

Bu çerçevede öncelikle şu tespiti yapmak gerekir. Bangladeş–Myanmar kararında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin dikkat çektiği gibi içbükey nitelik tek başına zorunlu olarak bir ilgili şart oluşturmamaktadır; fakat kesme etkisine neden olması durumunda, hakça bir sonuca ulaşma amacıyla ortay hat üzerinde düzeltme yapılmasını zorunlu olarak gerektirebilecektir.⁸⁰ Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu değerlendirme, Karadağ'ın içbükey nitelikteki sahilinin maruz kaldığı kesme etkisinin, ilke olarak, ortay hattın sapmak için bir gerekçe teşkil ettiğini göstermektedir.

Bu çerçevede, yine Kosta Rika–Nikaragua kararındaki Divan tespitleri yol gösterici olabilir. Yukarıda değinildiği gibi Divan, Santa Elena Yarımadası'nın karasuları sınırlandırması açısından bir kesme etkisi

⁷⁸ Bkz: Ibid., para. 156.

⁷⁹ Corn Adalarına ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın yukarıdaki tespitleri de içeren tespit ve değerlendirmeleri için bkz: BAYILLIOĞLU Uğur, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Kosta Rika–Nikaragua Kararında Adalar Hakkındaki Tespitlerine İlişkin Bazı Gözlemler", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2018, s. 103 vd.

⁸⁰ Bangladesh–Myanmar, para. 292.

yaratmadığı ve özel şart teşkil etmediği tespitini yapmıştır. Fakat münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından, Divan'ın değerlendirmesi farklı olmuştur. Divan, Santa Elena Yarımadası üzerindeki esas noktaların, 120 mil mesafeye kadar geçici eşit uzaklık çizgisini kontrol ettiğini, bunun da, hakça olmayan bir şekilde, Nikaragua sahil projeksiyonları üzerinde önemli bir kesme etkisi yarattığını belirtmiştir.⁸¹ Divan, bu etkiyi gidermek ve hakça bir çözüme ulaşmak için, Yarımada'ya yarım etki verilmesine hükmetmiştir.⁸² 286 kilometrekare yüz ölçüme sahip ve 2400'den fazla bir nüfusa ev sahipliği yapan Santa Elena Yarımadası,⁸³ kesme etkisini önlemek için yarım etkiyle sınırlanıyorsa, Prevlaka'ya çok daha azının verilmesi gerektiği düşünülebilir. Üstelik Santa Elena'nın sahilinin çok daha uzun olduğu vurgulanmalıdır.

Her iki yarımadanın, sınırlandırma hattını etkiledikleri uzaklık da nitelik itibariyle bir farklılık yaratmamaktadır. Şöyle ki Santa Elena'nın hat üzerindeki etkisi 120 mile uzanmaktadır. Prevlaka'nın ise Adriyatik'in yarı kapalı deniz özelliği gereği en fazla sınırın ulaşabileceği nihai nokta olan ve halefiyet yoluyla Hırvatistan ve Karadağı'ı bağlayan 1968 tarihli İtalya–Yugoslavya Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Antlaşması⁸⁴ ile tayin edilen sınırlandırma hattına kadar etki üretebileceği varsayılabilir. Bu da bize her iki yarımadanın etkisinin azaltılmasının, aslında aynı amaca hizmet ettiğini göstermektedir. Gerçekten de Bangladeş–Hindistan tahkiminde Hakemlik Mahkemesi, kesme etkisinin geçici eşit uzaklık çizgisinde düzeltme yapılmasını sağlaması için ya deniz alanlarının uluslararası hukukun izin verdiği noktaya kadar uzanmasını önlemesi ya da BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerine göre hakça bir sonuca ulaşmayı önlemesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁵ Şüphesiz her iki durumda

⁸¹ Costa Rica–Nikaragua, para. 193.

⁸² Bkz: Ibid., para. 194, 198–199.

⁸³ Ibid., para. 170. Divan, Santa Elena'nın güneyinde bulunan ve daha büyük ve kalabalık nüfuslu olan Kosta Rika'nın ülkesinin önemli bir bölümünü oluşturan Nicoya Yarımadası'na ise, coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi ilkesi çerçevesinde, tam etki vermiştir. Bkz: Ibid., para. 196–197.

⁸⁴ Anlaşma metni ve ayrıntılı bilgi için bkz: BLAKE/TOPALOVIC s. 15–16 ve s. 57–59.

⁸⁵ Bangladesh–India, para. 417.

da hukuki açıdan hakça ilkelere tekabül eden bu sonuçta, coğrafi açıdan, Santa Elena için ilki geçerliyken, Prevlaka için diğeri geçerlidir.

Sınırlandırma konusu alandaki, Karadağ'ın üzerinde önemle durduğu, limanlar ve seyrüsefer durumu açısından baktığımızda ise benzer bir argümanın değerlendirildiği Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Gana-Fildişi Sahili kararına değinmek gerekir. Mahkeme, Fildişi Sahili'nin, Abidjan Limanı'nın maruz kaldığı kesme etkisinin ortay hattan sapmak için bir neden teşkil etmemesinin gerekçelerinden biri olarak, münhasır ekonomik bölge içindeki seyrüsefer serbestisi garantisine yönelik düzenlemeleri vermiştir.⁸⁶ Dolayısıyla seyrüsefer durumunun, bu uyuşmazlık açısından da Karadağ lehine kesme etkisi bağlamalı bir argüman sağlamadığı değerlendirilmesi yapılabilir.

Şu halde eğer mesele uluslararası yargıya arz edilirse, yetkilendirilen mahkeme tarafından Romanya-Ukrayna kararında, Uluslararası Adalet Divanı'nın ortaya koyduğu üç aşama yaklaşımı çerçevesinde,⁸⁷ önce geçici bir eşit uzaklık çizgisi çizilecektir. Bu aşamada, belki Mamula Adası'nın esas nokta olarak nazara alınıp alınmaması konusunda, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartlar çerçevesinde statüsü incelenebilir. Akabinde ikinci aşamada, hakça bir sonuca ulaşmak için geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanması veya düzeltilmesini gerektiren ilgili şartlar bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir. Bu aşamada da hem Mamula Adası'nın durumu hem de içbükey sahil uzanımı ve kesme etkisi çerçevesinde, geçici eşit uzaklık çizgisi, Karadağ lehine düzeltilcektir. Üçüncü aşamada ise bir orantılılık testiyle sınıra nihai hali verilecektir. Orantılılık testinde, ortay hattan sapmanın derecesi, Karadağ'ın dezavantajının nasıl dengelendiğinin temel göstergesi olacaktır. Burada şüphesiz sahil uzunluklarının rolü devreye girmektedir ki bu, Karadağ lehine bir unsur daha eklemektedir. Lakin uluslararası yargı içtihadında, sahil uzunluklarının sınırlandırmada gerek ilgili şart gerek orantılılık testi açısından önemli ve fakat tek belirleyici etken olmadığı ve matema-

⁸⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017, para. 426.

⁸⁷ Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009, para. 115-122.

tiksel bir kesinlik barındırmadığı yönündeki yaklaşımı da göz önünde tutulmalıdır.⁸⁸

Netice olarak ortaya çıkacak sınırlandırma hattı, Arnaut'un da dikkat çektiği gibi kesme etkisi nedeniyle ortay hattan ziyade, 10 Aralık 2002 tarihli Antlaşma'nın düzenlemesine yakın olacaktır.⁸⁹ Bir başka ifadeyle Antlaşma ile öngörülen karasuları hattı, belki münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırma hattı olarak, İtalya-Yugoslavya Antlaşması'yla çizilen sınıra kadar devam edebilir ve bu şekilde bir Hırvatistan-Karadağ-İtalya kavşağı ortaya çıkabilir. Yine de kanımızca, karasuları sınırının nihayete erdiği noktadan itibaren, hattı, bir dönüş noktası marifetiyle güneybatıya çekmemek, Karadağ sahilinin maruz kalacağı kesme etkisini bertaraf etmeyecektir. Fakat burada da kesme etkisinin doğurduğu sonuçların sınırları gündeme gelmektedir. Mesela Gana-Fildişi Sahili kararında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin dikkat çektiği gibi bir taraf için kesme etkisi giderilecekken, diğer taraf için kesme etkisi doğmaması önemlidir.⁹⁰ Ayrıca, yine aynı kararda vurgulandığı ve atıf yapıldığı gibi uluslararası yargı içtihadında, geçici eşit uzaklık çizgisinin düzeltilmesi açısından bir sınır olarak, coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi ilkesi, sınırlandırma hukukunun önemli bir bileşeni olarak kabul edilmektedir.⁹¹ Dolayısıyla taraflar arasındaki deniz yetki alanları sınırlandırma hattı, eğer mesele uluslararası yargıya arz edilirse, yetkilendirilen mahkeme tarafından yukarıdaki kural ve ilkeler çerçevesinde, teknik uzmanların yardımıyla çeşitli dönüş noktalarıyla birlikte çizilecektir.

IV. DENİZ ALANLARI KONUSUNDA SON GELİŞMELER VE ÇÖZÜME YÖNELİK HUKUKİ İHTİMALLER

Hırvatistan Parlamentosu, 3 Ekim 2003 tarihli bir karar vasıtasıyla, ekolojik ve balıkçılık koruma bölgesi ilan etmiştir.⁹² Karar ile açıkça

⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: BAYILLIOĞLU, Türkiye-Libya Antlaşması, s. 108-109 ve eşlik eden dipnotlar.

⁸⁹ ARNAUT, s. 159.

⁹⁰ Ghana-Côte D'ivoire, para. 425.

⁹¹ Ibid., para. 409.

⁹² Karar metni için bkz: "On the Extension of the Jurisdiction of the Republic of Croatia in the Adriatic Sea",

münhasır ekonomik bölge ilan edilmemiştir. Karar'ın ilk paragrafında münhasır ekonomik bölgeye bağlı bazı egemen haklara yönelik vurgu yapılmış, ikinci paragrafında ise münhasır ekonomik bölgeye bağlı diğer hakları ilan yetkisi saklı tutulmuştur. Bu bağlamda söz konusu alan, yarım münhasır ekonomik bölge⁹³ veya *de facto* münhasır ekonomik bölge⁹⁴ olarak nitelenmiştir. Vukas, söz konusu bölgenin sınırının, 2002 Antlaşması'yla oluşturulan geçici karasuları sınırlandırma hattını, açık denize doğru takip eden bir şekilde çizildiğini bildirmiştir.⁹⁵ Gerçekten de Karar'ın 6. paragrafında, ekolojik ve balıkçılık koruma bölgesi dış sınırının, 2002 Antlaşması'yla çizilen geçici karasuları sınırı doğrultusunda katettiği ve bunun da sınırlandırma antlaşmaları yapılanaya kadar geçici bir nitelik arz ettiği belirtilmiştir. Dış sınırın geçiciliği vurgusu, söz konusu bölgenin koordinatlarının verildiği açıklamada da tekrarlanmıştır.⁹⁶ Hırvatistan'ın bu anlayışı daha sonra da devam edecektir. Karadağ ise yukarıda başka bir vesileyle değinilen 18 Mayıs 2015 tarihli notasında, Hırvat parlamentosunun bu kararını, 2003'ten itibaren birçok notayla protesto ettiğini belirtmiştir.

https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/HRV_2003_Decision.pdf, (Erişim tarihi: 21.10.2021). Söz konusu Karar, 3 Haziran 2004 tarihli bir Karar ile değiştirilmiştir. Bu şekilde ekolojik ve balıkçılık koruma bölgesinin AB üyelerine uygulanması, AB ile balıkçılık konusundaki ortaklık anlaşmasının yapılmasına bağlanmıştır. Karar metni için bkz: "Decision on the Amending the Decision on the Extension of the Jurisdiction of the Republic of Croatia in the Adriatic Sea of 3 October 2003", Law of the Sea Bulletin, No. 55, United Nations, New York, 2004, https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin55e.pdf, s. 31. (Erişim tarihi: 21.10.2021). Karadağ'ın, 18 Mayıs 2015 tarihli notasına göre Hırvatistan'ın bu geri adımının nedeni, Avrupa Komisyonu tarafından da desteklenen İtalya ve Slovenya'nın itirazlarıdır.

⁹³ SCOVAZZI Tullio, "Recent Developments as regards Maritime Delimitation in the Adriatic Sea", Maritime Delimitation, Eds., LAGONI Rainer/VIGNES Daniel, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 191; BICKL, EEZs in the Adriatic, s. 4.

⁹⁴ SCOVAZZI, s. 191; Söz konusu Karar hakkında daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz: Ibid., s. 190 vd.

⁹⁵ VUKAS, s. 216-217.

⁹⁶ Bkz: Law of the Sea Bulletin, No. 59, United Nations, New York, 2005, https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin59e.pdf, s. 28-29. (Erişim tarihi: 28.10.2021).

Siyasi şartlardaki değişim, meselenin ekonomik yönünü, özellikle enerji konusunda (Karadağ'ın AB üyelik boyutu ile beraber) ön plana çıkarmıştır.⁹⁷ Bu bağlamda, Hırvatistan, karasuları dışında hidrokarbon faaliyetleri icra etmeye başlamış ve bu faaliyetler Karadağ'ın itirazı ile karşılaşmıştır.⁹⁸

Karadağ 2 Haziran 2014 tarihli notasında,⁹⁹ Hırvatistan'ın 2 Nisan 2014 tarihinde ihraç ettiği belgelerde, yabancı imtiyaz sahiplerine önerilen hidrokarbon araştırma ve işletme ruhsat sahalarının bazılarının, Karadağ'ın da hak iddia ettiği ve henüz taraflar arasında sınırlandırılmamış alanları kapsadığını belirtmiştir. Karadağ, 2002 Antlaşması'nın taraflar arasında geçerli olan ve uyuşmazlık konusu alanın rejimini düzenleyen yegâne belge olduğunu ve bu belgede, tarafların tek taraflı eylemlerden kaçınma yükümlülüğünün bulunduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda Karadağ, Hırvatistan'ın sınırlandırma yapılmadan uyuşmazlık konusu bölgede hidrokarbon ruhsatı veremeyeceğini belirtmiştir. Karadağ, 1 Aralık 2014 tarihli notasında¹⁰⁰ ise Hırvatistan'ın izniyle Spectrum adlı Norveç şirketinin, 231° azimutun güneyindeki deniz alanında icra ettiği sismik faaliyetleri protesto etmiştir.

Karadağ'ın yukarıda değinilen 18 Mayıs 2015 tarihli notası, tüm süreci açıklayan ve Karadağ'ın tutumunu açık şekilde ortaya koyan bir belge niteliğindedir. Karadağ ilk olarak 2002 Antlaşması'nın karasuları sınırını geçici olarak düzenlediğini ve kıta sahanlığı ile münhasır ekonomik bölgeye uygulanamayacağı gibi ekolojik ve balıkçılık bölgesi için de geçerli olamayacağını belirtmiştir. Bu notada Karadağ, 231° azimut iddiasına dayanak olarak, Eski Yugoslavya döneminde, Karadağ ile

⁹⁷ Bkz: ORLANDIC, s. 89.

⁹⁸ Bickl, EEZs in the Adriatic, s. 6.

⁹⁹ Nota metni için bkz: "Communication from the Government of Montenegro, dated 2 July 2014, concerning exploration and exploitation of resources in the Adriatic Sea by the Republic of Croatia", https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/communications/mng_note2014.pdf, (Erişim tarihi: 27.10.2021).

¹⁰⁰ Nota metni için bkz: "Communication from the Government of Montenegro, dated 1 December 2014, concerning exploration and exploitation of resources in the Adriatic Sea by the Republic of Croatia", https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/communications/MNG_note20141201en.pdf, (Erişim tarihi: 27.10.2021).

Hırvatistan arasındaki yetki alanlarının, 231° azimutunu takip eden hat ile ayrılmasını vermiş, bunun kıta sahanlığı sınırı için de geçerli olduğunu vurgulamıştır. Görüldüğü gibi Karadağ, Yugoslavya dönemindeki sınırlara yaptığı atıfla, *uti possidetis juris* ilkesini, karasuları ve kıta sahanlığı sınırlandırması için ileri sürmüştür. Böylece söz konusu ilkeyi denize yaymıştır. *Uti possidetis juris* ilkesine dayanan benzer bir iddia, Slovenya-Hırvatistan tahkiminde, Slovenya tarafından, Piran Körfezi için ileri sürülmüştür.¹⁰¹ Hakemlik Mahkemesi, öncelikle, Hırvatistan ve Slovenya'nın bağımsızlığı zamanında, Körfez'in mevcut limitler dâhilinde Yugoslavya'nın içsuları statüsünde olduğu tespitini yapmıştır.¹⁰² Körfez içindeki sınırlandırma konusunda ise Hakemlik Mahkemesi, deniz hukukuna ilişkin antlaşmalarda içsuların sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme bulunmaması nedeniyle, kara hudutlarının sınırlandırılmasına ilişkin ilkelerin, içsular için de esas alınacağını belirtmiştir. Hakemlik Mahkemesi'ne göre bu nedenle içsuların sınırlandırılması, *uti possidetis* ilkesi temelinde yapılmalıdır.¹⁰³

Görüldüğü gibi Hakemlik Mahkemesi, içsuların sınırlandırılması konusunda *uti possidetis juris* ilkesinin geçerliliğini kabul etmiş ve bunu, içsuların sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasına bağlamıştır. Bu yorum esas alınırca, BMDHS'de karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması için düzenleme bulunması nedeniyle *uti possidetis juris* argümanı, söz konusu deniz alanlarında geçerli olmayacaktır. Fakat Kotor Körfezi, Piran Körfezi gibi Eski Yugoslavya'dan kalan bir içsu alanı olarak kabul edilirse, *uti possidetis juris* ilkesi uygulama alanı bulabilecektir.

Hülasa Karadağ, 231° azimut hattı çevresindeki tüm tek taraflı Hırvat eylem ve işlemlerini protesto etmiştir. Karadağ'ın iddiasını dayandırdığı 231° azimutu, güneybatı yönündeki bir hatta tekabül etmekte ve Karadağ lehine ortay hattan sapmaktadır.

¹⁰¹ Bkz: Croatia-Slovenia, para. 774 ve 863.

¹⁰² Ibid., para. 880 ve 885.

¹⁰³ Ibid., para. 886.

Hırvatistan Parlamentosu, 5 Şubat 2021 tarihinde aldığı bir karar-
la, münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir.¹⁰⁴ Öncelikle altını çizmek ge-
rekir ki Karar'ın 7. paragrafı ile 2003'te ilan edilen ekolojik ve balıkçılık
koruma bölgesi ilga edilmiştir. Böylece söz konusu niteliği ve kapsamı
tartışmalı bölge yerini, statü ve rejimi açıkça tanımlanmış münhasır
ekonomik bölgeye bırakmıştır. Karar'ın 2. paragrafında, münhasır eko-
nomik bölgenin, karasuları dışında, uluslararası hukukun izin verdiği
azami genişliğe kadar uzanacağı ve bitişik ya da karşılıklı sahillerde dış
sınırın, antlaşmalarla tespit edileceği belirtilmiştir. Karar'ın 3. paragra-
fında, Hırvatistan, ilga edilen ekolojik ve balıkçılık koruma bölgesi dış
sınırdaki anlayışı aynen muhafaza etmiştir. Gerçekten de söz konusu
paragrafta münhasır ekonomik bölgenin dış sınırının, 2002 Antlaşma-
sı'yla çizilen geçici karasuları sınırı doğrultusunda katettiği ve bunun da
sınırlandırma antlaşmaları yapılanaya kadar geçici bir nitelik arz ettiği
belirtilmiştir. Böylece Hırvatistan'ın, bu alandaki münhasır ekonomik
bölge sınırının geçiciliği yanında, karasuları sınırını da deniz yetki alan-
larının başlangıcı olarak esas aldığı görülmektedir.

Uyuşmazlık hâlihazırda derdesttir. İki devlet de çözüm için önce-
likle antlaşmaya atif yapmaktadır. Yine Uluslararası Adalet Divanı seçe-
neği de taraflarca ilke olarak kabul edilmiştir. Tarafların bu çözüm yön-
temine ilişkin tutumları, yukarıda değinilen ve deniz yetki alanları sınır-
landırmasını düzenleyen BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerine uygundur.
Yine de bu bölgedeki sınırlandırma için BMDHS'nin 74. ve 83. maddele-
rinin 2. paragraflarında atif yapıldığı gibi Sözleşme'nin "Uyuşmazlık
Çözümü" başlıklı XV. kısmı çerçevesinde, uluslararası yargı yolu ile
çözümü meselesine baktığımızda, tarafların tutumlarının farklılaştığını
görmekteyiz. Bunun nedeni, tarafların Sözleşme'nin 310. maddesi çerçe-
vesinde yayımladıkları deklarasyonlardır.¹⁰⁵ Gerçekten de Hırvatistan,
BMDHS'nin 287/1-a ve b maddesi çerçevesinde, Uluslararası Deniz Hu-

¹⁰⁴ Karar metni için bkz: "On the Proclamation of the Exclusive Economic Zone of the Republic of Croatia in the Adriatic Sea", <https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DecisionEZRepublicofCroatia.pdf> (Erişim tarihi: 2.9.2021).

¹⁰⁵ Söz konusu deklarasyon metinleri için bkz: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#4, (Erişim tarihi: 4.10.2021).

kuku Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul etmiştir. Böylece Hırvatistan açısından, BMDHS'nin 286. maddesi çerçevesinde, ileride çıkabilecek bir uyuşmazlıkta, bu mahkemelerin yargı yetkisi zorunlu hale gelmiştir. Kaldı ki zaten BMDHS'nin XV. kısmı, taraf devletler için Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıklar açısından zorunlu yargı yetkisi getirmiştir. Buna karşın BMDHS'nin 298/1. maddesi taraf devletlere, yazılı bir beyan vasıtasıyla bazı uyuşmazlık tipleri için söz konusu zorunlu yargı mekanizmasını kabul etmeme yetkisi vermiştir. Söz konusu uyuşmazlık tiplerinden biri de anılan maddenin a-ı paragrafına göre karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması ile tarihi körfezler veya tarihi haklar ile ilgili uyuşmazlıklardır. Fakat Hırvatistan'ın Deklarasyonu'nda böyle bir beyan yoktur. Şu halde Hırvatistan; karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından zorunlu yargı mekanizmasına tabidir. Yine bir taraf devlet olarak BMDHS'nin XV. kısmı uyarınca zorunlu yargı mekanizması ile bağlı olan Karadağ da yayımladığı Deklarasyonla, tıpkı Hırvatistan gibi Sözleşme'nin 287/1-a ve b maddesi çerçevesinde, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul etmiştir. Fakat Karadağ, Hırvatistan'dan farklı olarak, BMDHS'nin 298/1. maddesi çerçevesinde bulunduğu beyanla, karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması ile tarihi körfezler veya tarihi haklar ile ilgili uyuşmazlıkları, zorunlu yargı yetkisi dışına çıkarmıştır. Şu halde Karadağ; karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından zorunlu yargı mekanizmasına tabi değildir. Fakat Karadağ bu deklarasyonu geri çekebilir. Bu durumda, uyuşmazlık, BMDHS'nin 287/4. maddesi gereği Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı önünde çözüme açık hale gelecektir. Şüphesiz her halükârda, tarafların, genel uluslararası hukukun devletlere verdiği yetkiye dayanarak, bir antlaşma yoluyla meseleyi, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uluslararası Adalet Divanı veya bir hakemlik usulüne arzı mümkündür.

Bunun dışında diplomatik çözüm yollarıyla da uyuşmazlık çözülebilir. En makulü, tarafların müzakereler yoluyla, pazarlık etmek suretiyle bir anlaşmaya ulaşmalarıdır ki bu bakımdan çeşitli ihtimaller orta-

ya konulabilir. Mesela Yarımada'nın Hırvat egemenliğinde kalmasına karşı deniz alanları açısından Hırvatistan'ın çeşitli tavizlerde bulunması sağlanabilir. Bu bağlamda değişen güvenlik koşulları nedeniyle 2002 Antlaşması'nın daimiye dönüştürülmesi, buna karşın içsularına yönelik seyrüsefer açısından Karadağ'a lehine düzenlemeler yapılması teklif edilmiştir.¹⁰⁶ Fakat egemenlikten vazgeçmeye karşılık sadece bu nevi bir taviz, Karadağ için yeterli olmayabilir.

Yine arabuluculuk ve dostça girişim gibi diplomatik usuller de, taraflara uyuşmazlığı çözüme yardımcı olacaktır. Özellikle AB'nin yürüteceği tarafsız arabulucu faaliyetinin, çözüm için hem yardımcı hem de elzem olacağı vurgulanmıştır.¹⁰⁷ Bunun yanında, önceki genişlemelerde, AB'nin sınır uyuşmazlıkları çözülmeden tam üyelik konusunda çok katı değilse de Hırvatistan-Slovenya olayından sonra bu konuda artık olumsuz bir tutum içinde olduğu anlaşılmaktadır.¹⁰⁸ Şu halde uyuşmazlığın çözümü, aday statüsündeki Karadağ için aslında üyelik bir şartı oluşturmaktadır. Bu da Karadağ'ın gerek egemenlik uyuşmazlığında gerek deniz alanları sınırlandırması açısından tez ve pozisyonunu zayıflatılabilecektir.

SONUÇ

Prevlaka Yarımadası üzerindeki egemenlik uyuşmazlığı, Yugoslavya'nın dağılma sürecinde uygulanan temel ilke niteliğindeki *uti possidetis juris* ilkesi çerçevesinde, Eski Yugoslavya'nın hudut düzenlemeleri dayanak alınarak çözülecektir. Akabinde, deniz alanlarının sınırlandırması meselesi gündeme gelecektir. Kotor Körfezi içi ve dışında, ortay hat esaslı bir karasuları sınırlandırması yapılması BMDHS'ye uygun gözükmektedir. Kesme etkisi, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından, Prevlaka Yarımadası'nın ilgili sahilinin bir kısmını teşkil ettiği, sınırlandırma konusu bölgedeki coğrafya itibarıyla temel ilgili şart değerlendirmesi olacaktır. Dolayısıyla karasuları sınırının nihayete erdiği noktadan itibaren, hattı, bir dönüş noktası marifetiyle güneybatıya çekmek, Karadağ sahilinin maruz kalacağı kesme etkisini

¹⁰⁶ BICKL, *The Border Dispute*, s. 242.

¹⁰⁷ ORLANDIC, s. 91.

¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 91-92.

bertaraf edecektir. Yine kesme etkisini dengeleyen bir diğer unsur da başka coğrafyalarda ilgili şart olarak etkisi azaltılabilecek veya tamamen göz ardı edilebilecek Mamula Adası'na, sınırlandırmada tam etki verilmesidir. Bu da bize, sınırlandırmanın temel amacı olan hakça bir sonuca ulaşmak için öngörülen hakça ilkelerin, uygulandığı alan ve coğrafyaya göre değişebileceğini ve bu bağlamda somut olayın şartlarına göre hukuki şekiller alabileceğini göstermektedir.

Meselenin uluslararası yargıya arzı halinde, Karadağ'ın 231° azimut hattı çerçevesinde deniz alanları için de *uti possidetis juris* ilkesini gündeme getiren iddiası konusunda, yetkilendirilen mahkemenin, Hırvatistan-Slovenya tahkiminde, Hakemlik Mahkemesi tarafından yapılan tespiti esas alıp almayacağı da sınırlandırma hukuku açısından önemli bir tartışma olacaktır.

Son olarak vurgulanmalıdır ki Prevlaka uyuşmazlığının dününü, bugün geldiği noktayı, tarafların tezlerini ve ileride nasıl ve ne şekilde çözüleceğini incelemek ve takip etmek, Türkiye'nin Ege ve Doğu Akdeniz'deki uyuşmazlıklarına ilişkin tezleri açısından önem arz etmektedir. Zira bu uyuşmazlık, Türkiye'nin dayanabileceği yeni tez ve ihtimaller ortaya çıkarabileceği gibi mevcut tezlerin berkitilmesine de vesile olabilir. Hele meselenin uluslararası yargıya arzı halinde, yetkilendirilen mahkemenin tespitleri ve sınırlandırma hukuku kurallarını uygulama tarz ve yorum şekli, Türkiye açısından dayanılacak veya sakınılacak argümanlar konusunda yol gösterici olabilir.

KAYNAKLAR

- ACER, Yücel, “Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Hukuku”, Doğu Akdeniz’de Hukuk ve Siyaset, Yayına Hazırlayan, BAŞEREN, Sertaç Hami, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 307–326.
- AHNISH, Faraj Abdullah, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- ARNAUT, Damir, “Adriatic Blues: Delimiting the former Yugoslavia’s Final Frontier”, *The Limits of Maritime Jurisdiction*, Eds., SCHOFIELD, Clive/LEE, Seokwoo/MOON-Sang Kwon, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, s. 145–173.
- AZARKAN, Ezeli, “Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova’nın Tanınması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s. 143–184.
- BAŞEREN, Sertaç Hami, “Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırılması Sorunu: Tarafların Görüşleri, Uluslararası Hukuk Kurallarına Göre Çözüm ve Sondaj Krizi”, Doğu Akdeniz’de Hukuk ve Siyaset, Yayına Hazırlayan, BAŞEREN, Sertaç Hami, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 253–305.
- BAYILLIOĞLU, Uğur, *Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırılması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- BAYILLIOĞLU, Uğur, “Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi’nin İnsanlığın Ortak Mirası Ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 130, 2017, s. 419–456.
- BAYILLIOĞLU, Uğur, “Uluslararası Adalet Divanı’nın Kosta Rika–Nikaragua Kararında Adalar Hakkındaki Tespitlerine İlişkin Bazı Gözlemler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2018, s. 94–137.
- BAYILLIOĞLU, Uğur, *Türkiye–Libya Antlaşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

- BICKL, Thomas, *The Border Dispute between Croatia and Slovenia—the Stages of a Protracted Conflict and Its Implication for EU Enlargement—*, From the Faculty of Social Sciences of the University of Duisburg-Essen, In partial fulfilment of the requirements for the academic degree, 2019, <https://d-nb.info/1193590914/34>, (Erişim tarihi: 2.9.2021).
- BICKL, Thomas, “EEZs in the Adriatic: challenges and opportunities in a semi-enclosed sea”, https://site.uit.no/nclos/files/2020/12/NCLOS-Blog-Bickl-III_EEZs-Adriatic-1.pdf, 22.12.2020, (Erişim tarihi: 3.9.2021).
- BLAKE, Gerald/TOPALOVIC, Duško, “The Maritime Boundaries of the Adriatic Sea”, *Maritime Briefing*, Eds., SCHOFIELD, Clive/KLEMENCIC, Mladen, Vol. 1, No. 8, 1996, International Boundaries Research Unit Department of Geography University of Durham, [https://www.durham.ac.uk/media/durham-university/research-/research-centres/ibru-centre-for-borders-research/maps-and-databases/publications-database/Maritime-Briefings-\(Vol.-1-no.-8\).pdf](https://www.durham.ac.uk/media/durham-university/research-/research-centres/ibru-centre-for-borders-research/maps-and-databases/publications-database/Maritime-Briefings-(Vol.-1-no.-8).pdf) (Erişim tarihi: 3.9.2021).
- BRISCOE, John/PROWS, Peter, “The Role of Islands in the Generation of Boundaries at Sea”, *The Limits of Maritime Jurisdiction*, Eds., SCHOFIELD, Clive/LEE, Seokwoo/MOON-Sang Kwon, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, s. 79–109.
- JIA, Bing Bing, “The Principle of the Domination of the Land over the Sea: A Historical Perspective on the Adaptability of the Law of the Sea to New Challenges”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 57, 2014, s. 63–93.
- KWIATKOWSKA, Barbara, “Equitable Maritime Boundary Delimitation—A Legal Perspective”, *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, Vol. 3, 1988, s. 287–304.
- LALONDE, Suzanne, “Uti Possidetis: Its Colonial Past Revisited”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. 34, No. 1, 2001, s. 23–99.
- ORLANDIC, Srdjan, “The EU’s Paternalistic Approach to the Integration of the Western Balkans - Border Disputes as a New Conditionality: Case of Prevlaka”, *Romanian Journal of European Affairs*, Vol. 19, No. 1, 2019, s. 79–96.

- ÖZMAN, M., Aydoğan (Çev.), Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- RUNJIC, Ljubo, "Consequences of the Ex Parte Communications in the Arbitration between Croatia and Slovenia", *Pecs Journal of International and European Law*, No. 1-2, 2019, s. 6–28.
- SCOVAZZI, Tullio, "Recent Developments as regards Maritime Delimitation in the Adriatic Sea", *Maritime Delimitation*, Eds., LAGONI, Rainer/VIGNES, Daniel, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 189–203.
- TARANCI, Cahit Sıtkı, Otuz Beş Yaş, Bütün Şiirleri, 66. Baskı, Derleyen, BEZİRCİ Asım, Can Yayınları, İstanbul, 2021.
- VUKAS, Budislav, "Maritime Delimitation in a Semi-enclosed Sea: The Case of the Adriatic Sea", *Maritime Delimitation*, Eds., LAGONI, Rainer/VIGNES, Daniel, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 205–222.

Uluslararası Yargı Kararları

- Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment, 11 September 1992, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/75/075-19920911-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim tarihi: 30.9.2021). (El Salvador–Honduras: Nicaragua intervening).
- Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in accordance with AnnexVII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, In the Matter of an Arbitration between: Guyana and Suriname, Award of the Tribunal, 17 September 2007, [pccases.com/web/sendAttach/902](https://www.pccases.com/web/sendAttach/902), (Erişim tarihi: 13.10.2021).
- Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009.
- PCA Case No. 2012-04, In The Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, Signed

on 4 November 2009, –between Republic of Croatia–and– Republic of Slovenia, Final Award, 29 June 2017, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2172>, (Erişim tarihi: 29.9.2021). (Croatia–Slovenia).

Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012. (Bangladesh–Myanmar).

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012. (Nicaragua–Colombia).

In the Matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration – between – The People’s Republic of Bangladesh – and – The Republic of India, Award, 7 July 2014, pcacases.com/web/sendAttach/383, (Erişim tarihi: 1.10.2021). (Bangladesh–India).

PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People’s Republic Of China, Award, 12 July 2016, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, (Erişim tarihi: 1.10.2021). (The South China Sea Arbitration Award).

Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte D’ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017. (Ghana–Côte D’ivoire).

Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2018. (Costa Rica–Nikaragua).

BM Belgeleri

S/RES/779 (1992), International Legal Materials, Vol. 31, s. 1474–1475.

Report of the Secretary–General on the United Nations Mission of Observes in Prevlaka, S/2002/1341, 10 December 2002, <https://www.refworld.org/pdfid/3f27288e4.pdf>, (Erişim tarihi: 21. 9. 2021).

https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#4, (Erişim tarihi: 4.10.2021).

https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#4, (Erişim tarihi: 4.10.2021).

“On the Extension of the Jurisdiction of the Republic of Croatia in the Adriatic Sea”, https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/HRV_2003_Decision.pdf, (Erişim tarihi: 21.10.2021).

“Decision on the Amending the Decision on the Extension of the Jurisdiction of the Republic of Croatia in the Adriatic Sea of 3 October 2003”, Law of the Sea Bulletin, No. 55, United Nations, New York, 2004, https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin55e.pdf, (Erişim tarihi: 21.10.2021).

Law of the Sea Bulletin, No. 59, United Nations, New York, 2005, https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin59e.pdf, s. 28–29. (Erişim tarihi: 28.10.2021).

“On the Proclamation of the Exclusive Economic Zone of the Republic of Croatia in the Adriatic Sea”, <https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DecisionEEZRepublicofCroatia.pdf> (Erişim tarihi: 2.9.2021).

Antlaşma Metinleri

“Agreement on Normalization of Relations between the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Croatia”, International Legal Materials, Vol. 35, s. 1219–1222.

“Protocol between the Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia and the Government of the Republic of Croatia on the Interim Regime along the Southern Border between the Two States” in Letter dated 2002/12/10 from the representatives of Croatia and Yugoslavia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/2002/1348, 11 December,

2002, <https://digitallibrary.un.org/record/493008?ln=en#record-files-collapse-header>, (Erişim tarihi: 21.9.2021).

Nota Metinleri

“Communication from the Government of Montenegro, dated 18 May 2015 concerning exploration and exploitation of resources in the Adriatic Sea by the Republic of Croatia”, https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/communications/MNG_note20150619en.pdf, (Erişim tarihi: 27.10.2021).

“Communication from the Government of Montenegro, dated 2 July 2014, concerning exploration and exploitation of resources in the Adriatic Sea by the Republic of Croatia”, https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/communications/mng_note2014.pdf, (Erişim tarihi: 27.10.2021).

“Communication from the Government of Montenegro, dated 1 December 2014, concerning exploration and exploitation of resources in the Adriatic Sea by the Republic of Croatia”, https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/communications/MNG_note20141201en.pdf, (Erişim tarihi: 27.10.2021).

Çevrimiçi Basın

“Montenegro Pushes for Arbitration Over Prevlaka Dispute With Croatia”, October 5, 2020, <https://balkaninsight.com/2020/10/05/montenegro-pushes-for-arbitration-over-prevlaka-dispute-with-croatia/>, (Erişim tarihi: 3.9.2021).

“From concentration camp to luxury hotel: Last look at Mamula Island as an antifascist history museum”, <https://www.telegraf.rs/english/3092147-from-concentration-camp-to-luxury-hotel-last-look-at-mamula-island-as-an-antifascist-history-museum>, (Erişim tarihi: 15.10.2021).