

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

ÖZEL SAYI:
**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 25. YIL,
HUKUKTA GÜNCEL GELİŞMELER ULUSAL SEMPOZYUMU**

SPECIAL ISSUE:
**YEDİTEPE UNIVERSITY 25TH ANNIVERSARY
CURRENT ISSUES IN LAW
NATIONAL SYMPOSIUM**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XIX, Sayı: 3
Vol. XIX, No. 3
Yıl / Year: 2022**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /
On Behalf of Yeditepe University

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımcının Adı / Printed by

Butik Ajans

İstiklal Mahallesi Kızılay Sokak No:24/36

Ümraniye/İstanbul Tel: 0535 553 17 32

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Ekim 2022 / *October 2022*

YÜHFD Cilt: XIX, Özel Sayı (2022)

ISSN: 1303 - 4650

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Erhan Kanışlı) erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2022

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. *All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hakem Kurulu

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Emrehan İnal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nur Bolayır, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serap Amasya, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hacı Kara, Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hamide Bağçeci, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ali Hakan Evik, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Birden Güngören Bulgan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gülay Arslan Öncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gözde Atasayan, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat Ceyhan, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamamcıoğlu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ledün Akdeniz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Tekin, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Özge Yücel Dericiler, Özyeğin Üniversitesi
Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

YÜHFD Cilt: XIX, Özel Sayı (2022)

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (yuhfd@yeditepe.edu.tr) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (yuhfd@yeditepe.edu.tr). There is no need to submit any hardcopy of the article.

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They

*should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

17) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XIX, Özel Sayı, Yıl: 2022

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

SİYASAL PARTİ YASAKLAMA REJİMİNİN İŞLEVİ

Prof.Dr. Ekrem Ali Akartürk.....1
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: *ekrem.akarturk@yeditepe.edu.tr*

EVLİLİK DURUMUNU BİLDİĞİ HALDE EVLİ BİR KİMSE İLE CİNSEL İLİŞKİ KURAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TAZMİNAT SORUMLUSU OLUR MU?

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı27
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı
e-posta: *abdulkadir.arpaci@yeditepe.edu.tr*

SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA AÇIĞA SATIŞ İŞLEMLERİNİN ve AÇIĞA SATIŞ İŞLEMLERİNDEKİ SINIRLAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem Ata Polat43
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: *ozlem.ata@yeditepe.edu.tr*

KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNE İLİŞKİN İKİ SORUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar83
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: *mehmet.bahtiyar@yeditepe.edu.tr*

COVID 19 PANDEMİSİ SÜRECİNDE AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİNE BAKIŞ VE AŞI PASAPORTU UYGULAMASINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt101
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
e-posta: *kutluhan.bozkurt@yeditepe.edu.tr*

E-TİCARET PLATFORMLARININ SATILANIN AYIPLARINDAN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Erdem Büyüksağış & Arş. Gör. Defne Kahveci125

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
(LL.M. Georgetown University) & Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (LL.M. Boston University)

e-posta: *erdem.buyuksagis@yeditepe.edu.tr & defne.deniz@yeditepe.edu.tr*

ACENTELEİN ARABULUCULUK SÜRECİNDE TEMSİL YETKİSİNİ KULLANMASI

Dr. Öğr. Üyesi Hakan Hasirci175

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku
Anabilim Dalı

e-posta: *hakan.hasirci@yeditepe.edu.tr*

KİRA SÖZLEŞMESİNİN TBK M. 351'E GÖRE FESHEDİLMESİ NEDENİYLE KİRACININ ESKİ MALİKİTEN TAZMİNAT TALEBİ

Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı199

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: *erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr*

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKININ SINIRLILIĞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük263

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: *tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr*

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan.....303

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Hukuku Anabilim
Dalı

e-posta: *onurozcan2@yeditepe.edu.tr*

FIDIC İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TALEP BİLDİRİMLERİ: KITA AVRUPASI HUKUKU VE ANGLO-SAKSON HUKUKU MUKAYESESİ

Sinem Özyiğit391

Avukat, İstanbul Barosu ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora
Öğrencisi

e-posta: *sinemozyigit@gmail.com*

**TİCARET UNVANININ TİCARİ DÜRÜSTLÜĞE AYKIRI BİÇİMDE
KULLANILMASINA DAİR BAZI SORUNLARIN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fethi Şua449

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: *mfsua@yeditepe.edu.tr*

**ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU AŞI -VAVŘIČKA
KARARININ ÖĞRETTİKLERİ-**

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk467

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı & Yeditepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: *suzelturk@yeditepe.edu.tr*

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

Prof. Dr. Oktay Uygun521

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: *oktay.uygun@yeditepe.edu.tr*

VERGİ HUKUKU GÜNCEL GELİŞMELERİ

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk559

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı
e-posta: *huzelturk@yeditepe.edu.tr*

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XIX, Special Issue, Year: 2022

CONTENTS

ARTICLES

FUNCTION OF THE POLITICAL PARTY PROHIBITION REGIME

Prof.Dr. Ekrem Ali Akartürk.....1

Yeditepe University Faculty of Law Constitutional Law Department

e-mail: *ekrem.akarturk@yeditepe.edu.tr*

CAN A THIRD PERSON BE LIABLE FOR THE DAMAGES WHO ESTABLISHED SEXUAL RELATIONSHIP WITH A PERSON WHOM HE OR SHE KNOWS TO BE MARRIED?

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı27

Yeditepe University Faculty of Law Head of Private Law Department

e-mail: *abdulkadir.arpaci@yeditepe.edu.tr*

EVALUATION OF SHORT SALES AND LIMITATIONS ON SHORT SALES IN CAPITAL MARKETS LAW

Asst. Prof. Dr. Özlem Ata Polat43

Yeditepe University Faculty of Law Commercial Law Department

e-mail: *ozlem.ata@yeditepe.edu.tr*

EVALUATION OF TWO ISSUES REGARDING THE REGISTERED CAPITAL SYSTEM

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar83

Yeditepe University Faculty of Law Commercial Law Department

e-mail: *mehmet.bahtiyar@yeditepe.edu.tr*

AN OVERVIEW OF THE EUROPEAN UNION REGULATIONS DURING THE COVID 19 PANDEMIC AND AN EVALUATION OF THE EU DIGITAL COVID CERTIFICATE (VACCINE PASSPORT) APPLICATION

Assoc. Prof. Dr. Kutluhan Bozkurt101

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: *kutluhan.bozkurt@yeditepe.edu.tr*

LIABILITY OF E-COMMERCE PLATFORMS FOR DEFECTIVE GOODS

Prof. Dr. Erdem Büyüksağış & Arş. Gör. Defne Kahveci125

Yeditepe University Faculty of Law Civil Law Department (LL.M. Georgetown University) & Doğuş University Faculty of Law Commercial Law Department (LL.M. Boston University)

e-mail: *erdem.buyuksagis@yeditepe.edu.tr & defne.deniz@yeditepe.edu.tr*

AGENTS' EXERCISING THE POWER OF REPRESENTATION IN THE MEDIATION PROCESS

Asst. Prof. Dr. Hakan Hasirci175

Yeditepe University Faculty of Law Civil Procedure and Bankruptcy and Enforcement Law Department

e-mail: *hakan.hasirci@yeditepe.edu.tr*

THE LESSEE'S CLAIM FOR COMPENSATION FROM THE PREVIOUS OWNER FOR THE TERMINATION OF THE LEASE CONTRACT ACCORDING TO ART. 351 OF TCO

Asst. Prof. Dr. Erhan Kanışlı199

Yeditepe University Faculty of Law Civil Law Department

e-mail: *erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr*

A CONSIDERATION ON THE LIMITEDNESS OF THE RIGHT TO HOLD MEETINGS AND DEMONSTRATION MARCHES

Assoc. Prof. Dr. Tevfik Sönmez Küçük263

Yeditepe University Faculty of Law Constitutional Law Department

e-mail: *tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr*

THE OFFENSE OF SEXUAL INTERCOURSE WITH A MINOR

Asst. Prof. Dr. Onur Özcan.....303

Yeditepe University Faculty of Law Criminal and Criminal Procedural Law Department

e-mail: *onurozcan2@yeditepe.edu.tr*

CLAIM NOTICES UNDER THE FIDIC CONTRACTS: A COMPARISON OF THE CIVIL LAW AND COMMON LAW PERSPECTIVES

Sinem Özyiğit391

attorney at Istanbul Bar and a Ph.D. candidate at Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: *sinemozyigit@gmail.com*

**EVALUATION OF SOME ISSUES RELATED TO THE USE OF THE
TRADE NAME CONTRARY TO COMMERCIAL HONESTY**

Asst. Prof. Dr. Mehmet Fethi Şua449

Yeditepe University Faculty of Law Commercial Law Department

e-mail: *mfsua@yeditepe.edu.tr*

**MANDATORY VACCINATION IN TERMS OF CONSTITUTIONAL
LAW -THE LESSON LEARNED FROM VAVŘIČKA CASE-**

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk467

Yeditepe University Faculty of Law Dean & Yeditepe University Faculty of
Law Constitutional Law Department

e-mail: *suzelturk@yeditepe.edu.tr*

PRINCIPLE OF RULE OF LAW

Prof. Dr. Oktay Uygun 521

Yeditepe University Faculty of Law General Public Law Department

e-mail: *oktay.uygun@yeditepe.edu.tr*

CURRENT DEVELOPMENTS IN TAX LAW

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk 559

Yeditepe University Faculty of Law Fiscal Law Department

e-mail: : *huzelturk@yeditepe.edu.tr*

SİYASAL PARTİ YASAKLAMA REJİMİNİN İŞLEVİ (FUNCTION OF THE POLITICAL PARTY PROHIBITION REGIME)

Prof.Dr. Ekrem Ali Akartürk * **

ÖZ

Parti yasaklama rejiminin işlevi ve amacı çoğulcu demokratik düzeni sürdürülebilir ve işler kılmak ve bu düzende temel hak ve özgürlüklerin güvencede olmasını sağlamaktır. Parti yasakları bu amaç ve işlevi gerçekleştirdikleri ölçüde meşru ve işlevsel görülebilir. Aksi halde parti özgürlüğüne yönelik olarak yapılan ölçüsüz ve meşru olmayan müdahaleler çoğulcu demokratik düzeni otoriter düzene dönüştürür ve otoriter düzende temel hak ve özgürlüklerin korunması mümkün olmaz. İşte, parti yasaklama rejimi bu hassas dengeyi sağlayabildiği ölçüde hak ve özgürlüklere dayalı çoğulcu demokrasiye hizmet etmiş olur.

Anahtar Kelimeler: *Siyasi partiler, parti yasakları, çoğulcu demokrasi, parti kapatma*

ABSTRACT

The function and purpose of political party prohibition regime is to make the pluralist democratic order sustainable and functional and to ensure that fundamental rights and freedoms are guaranteed in this order. Political party prohibitions can be seen as legitimate and functional to the extent that they fulfill this purpose and function. Otherwise, disproportionate and illegitimate interventions against the freedom of forming political parties will transform the pluralistic democratic order into an authoritarian order, and it will not be possible to protect fundamental rights and freedoms in such an order. Thus, to the extent that the political party prohibition regime can achieve this delicate balance, it will serve a pluralist democracy based on rights and freedoms.

Keywords: *Political parties, Political party prohibition regime, Pluralist democracy, Party closure*

Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 18.02.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma Tarihi: 27.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4616-1144

Eser Atf Şekli: Ekrem Ali Akartürk, “Siyasal Parti Yasaklama Rejiminin İşlevi”, YÜHFD, C.XIX 2022/Özel Sayı, s.1-26.

I. Demokratik Rejimde Partilerin Önemi

Temsili demokrasinin en önemli unsurlarından biri de sağlıklı işleyen çok partili rejimdir. İdeolojik çoğulculuk temelinde çok partili rejimin kurucu unsurları ise siyasi partilerimizdir. Günümüzde, siyasal partiler olmadan demokratik rejimlerin işleminin mümkün olamayacağı ortak kabul gören bir anlayıştır. Hatta Ülkemizde çok partili rejime geçiş, demokrasiye geçiş olarak nitelendirilmektedir. Gerçekten de, demokratik işleyişin merkezi bir aktörü olarak, partiler, siyasi katılımın örgütlü düzeyde gerçekleştirildiği mekânlardır. Öyle ki, anayasal rejimin, hükümet sisteminin ve parlamentoların işleyişinde partiler öncü bir rol oynamakta ve ülkenin siyasi rotasını belirlemektedirler. Bu önemlerinden dolayı siyasi partiler ister iktidarda olsun ister muhalefette demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak görülmektedir.

Günümüzde iktidar ve muhalefet rolleriyle siyasi partiler, yasama ve yürütme organlarının oluşum ve işleyişinde anayasal işleve sahiptirler. Muhalefetin, iktidarı denetleme imkânı ve seçimler yoluyla yarının iktidarını elde edebilme yolunun açık olması, rejimin liberal niteliğine temel oluşturmaktadır. Ayrıca, özellikle parlamentodaki muhalefetin hükümete karşı güvence altına alınması ve hükümet yolunun demokratik usuller çerçevesinde bütün partilere açık tutulması esastır. Bu niteliklere sahip bir muhalefet ise ancak çoğulcu demokratik sistemin ortaya çıkışıyla ve özellikle partiler düzeyinde gelişebilmiştir¹. Bu anlamda iktidar olgusu, bütün siyasi toplumlarda ortaya çıkan bir olgu olmasına karşın, hukuksal güvence ile donatılmış özgür muhalefet yalnızca çoğulcu demokrasilerin karakteristik özelliğidir.

Nitekim 1961 Anayasası; “*siyasi partiler ister iktidarda ister muhalefette olsunlar, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır*” (md.56/III) diyerek; siyasal partilerin iktidar ve muhalefet olma işlevlerine vurgu yapmıştır. Aynı şekilde, siyasi partileri demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak nitelendiren 1982 Anayasası da Meclis’teki siyasal parti gruplarını iktidar ve muhalefet işlevi ile donatarak onlara anayasal işlev kazandırmıştır (md.68, 69 ve 95). Vatandaşlarımızın, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına

¹ Beyme/Daniels’in de ifade ettiği gibi; iktidar-muhalefet ayrımı siyasal olduğu kadar kurumsal bir nitelik de taşır. Kurumsal muhalefet hukuksal güvenceyle donatılmış bir muhalefet olarak, asgari düzeyde bir demokrasi ve düşünce özgürlüğünün varlığını gerektirir. Bkz. Klaus von BEYME – Robert V DANIELS, “*Muhalefet*”, **AÜHF Dergisi**, cilt:6, sayı:1, 1979, s. 188.

sahip olduğu Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Parti üyesi olabilmek için 18 yaşın ikmali yeterli görülmüştür.

Öte yandan parti özgürlüğünü güçlendirmek açısından, parti içi demokrasi ilkesine işlerlik kazandırmak parti içi çoğulculuğun güvencesidir. Partinin yetkili organları tarafından alınan kararlara saygı gösterilmesi ve uyulması ise parti disiplinin gereğidir. Parti içi demokrasi ile parti disiplini arasında dengeli bir ilişki kurulması partilerimizin kurumsal kimliğini güçlendirecektir².

Siyasi partilerin tüzel kişi olarak desteklenmeleri ve anayasal güvence altında olmaları da önemlidir. Bu çerçevede Siyasi partilerin önceden izin almadan kurulmaları ve özel bir yasaklama rejimine tabi kılınarak, Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanmaları anayasal bir güvence teşkil eder³.

II. Parti Yasaklama Rejiminin İşlevi ve Amacı

Siyasal bir olgu olarak, 19. yüzyıl başlarında ortaya çıkan partiler, liberal bireyciliğin de etkisiyle uzunca bir süre hukuksal tanıma görmemişler ve varlıklarını siyasal bir olgu olarak sürdürmüşlerdir. Ancak, I. ve II. Dünya Savaşları arasında Almanya ve İtalya’da ortaya çıkan totaliter partilerin, demokratik usullerden de yararlanarak iktidara gelmeleri ve demokratik düzeni baskı ve şiddet yoluyla yıkarak demokrasiye son vermeleri karşısında; demokratik rejime tehdide yönelen partilerin, hukuksal düzenlemeler yoluyla kontrol altına alınması ihtiyacı doğmuş ve yapılan hukuksal düzenlemelerle hem demokratik rejimin partilere karşı korunması; hem de partilerin hukuksal güvenceyle donatılması yoluna gidilmiştir. *Militan demokrasi*⁴ olarak nitelendirilen bu anlayış özünde “özgürlük

² Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Tefik Sönmez KÜÇÜK, **Parti İçi Demokrasi**, On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2015. Ayrıca bkz. Kudret BOSUTER, **Türk Siyasi Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi**, Ulusal Basımevi, Ankara 1969.

³ Bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, **Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları**, Yeditepe Üniv Yayını, İstanbul, 2008, s.144-152.

⁴ Militan demokrasi kavramı şöyle tanımlanmaktadır: “Militan demokrasi; faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm ve benzeri özgürlükçü demokratik düzeni açıkça tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında, kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savuna bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, klasik (liberal) demokrasinin 1930’lardan sonra siyasal ve toplumsal koşulların ortaya çıkardığı farklı bir yorumudur.” Bkz. Yusuf Ş. HAKYEMEZ, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2000, s. 33-34.

düşmanlarına özgürlük tanınamaz” fikrine dayanmaktadır⁵. Militan demokrasi anlayışını kişi ve devlet açısından ayrı ayrı değerlendirmek de mümkündür. Buna göre; kişi açısından bakıldığında hiç kimsenin sahip olduğu insan haklarını çoğulcu demokratik düzeni ortadan kaldırmak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla kullanamayacağını ifade eder. Devlet açısından bakıldığında ise devletin özgür demokratik temel düzeni korumak için demokrasi karşıtı düşünce ve örgütlenmelerle meşru ve hukuksal araçlarla mücadele etmesini ifade eder⁶.

Nitekim Almanya’da Weimar Demokrasisi’nin olanaklarından yararlanarak iktidara gelen ve totaliter bir diktatörlüğe dönüşen Hitler’in Nasyonal Sosyalist Partisi, diğer partileri yasaklayıp tek-partiye dönüşerek; devletin federatif yapısına son vermiş, sendikaları kapatıp, toplu sözleşmeleri yasaklamıştır⁷. Yaşanan bu talihsiz deneyim, siyasal partilerin anayasal düzeyde ele alınmasını, özgürlükler ve demokrasinin hukuksal araçlarla anti-demokratik girişimlere karşı kendi kendini koruyabilmesini gündeme getirmiştir. Bu nedenle, II. Dünya Savaşı’ndan sonra Batı Almanya’da 1949 tarihli Bonn Anayasası *militan demokrasi* (streitbare Demokratie) anlayışı doğrultusunda siyasal partileri hukuksal düzenlemeye tabi tutmuş (md.21); hak ve özgürlüklerin demokratik temel düzene karşı kötüye kullanılmasını (Missbrauch von Grundrechten) yaptırıma bağlamıştır (md.18). Bu anlayış doğrultusunda, 1953’de Sosyalist Rayh Partisi (Sozialistische Reichspartei), 1956’da ise Alman Komünist Partisi (Kommunistische Partei Deutschlands) Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır⁸.

Bu deneyimlerden yola çıkan militan demokrasi anlayışına göre; “çağdaş ya da çağcıl demokrasi, düşmanlarına karşı nötr ya da yansız olamaz, onlara, özgürlüğü yok etme ya da kötüye kullanma özgürlüğü tanıyamaz. Çağcıl demokrasi, totaliter bir rejim kurma amacı taşıyan unsurların riskini üstlenecek kadar saf değildir; çünkü Weimar Anayasası’nın akıbetinden ve faşizm deneyiminden çok şey öğrenmiştir. Çağcıl demokrasi, düşmanlarına karşı önlem alan, kendini savunan, mücadelecisi ve bu anlamda militan bir

⁵ Osman Korkut KANADOĞLU/Ahmet Mert DUYGUN, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 2. Baskı XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.235.

⁶ Oktay UYGUN, “*Mücadelecisi Demokrasi ve Siyasal Partilerin Kapatılması*”, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.790.

⁷ William SHIRER, **Nazi İmparatorluğu, Doğuşu, Yükselişi, Çöküşü**, Çev. R. Güran, İstanbul, 1968, s. 296 .

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Horst MEIER, **Parteiverbote und demokratische Republik**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, s. 47-115.

demokrasidir. Burada kullanılan militan sözcüğü, soyut devletin değil, özgürlükçü devletin sıfatıdır.”⁹.

Ancak Sağlam’ın da belirttiği gibi, demokratik rejimin kendini düşmanlarına karşı koruyabilmek amacıyla yasaklar öngörebilmesi gerekli olmakla birlikte, bu yasağın gelişi güzel bir yasak olamayacağı da açıktır¹⁰: “Burada demokrasinin temel felsefesi açısından (..) önemli olan, ‘özgürlüğün temel bir değer olarak korunması ve yasağın bu temel değere hizmet ettiği ölçüde var olması ve uygulanmasıdır. Bir ülke bu hassas dengeyi koruyabildiği ölçüde demokrattır.”

Bu yaklaşım biçimi, özgürlükler hukuku açısından korunmaya değer olanın doğrudan demokrasi değil; özgürlüğün kendisi olduğunu ve demokrasinin de özgürlüklerin kullanımı için gerekli ortamı hazırlayan bir yöntem olarak dolaylı korunması gerektiğini ifade eder. Yasaklama, özgürlüğün dengeli ve yaygın kullanımına hizmet ettiği ölçüde meşrudur.

O halde Kanadoğlu/Duygun’un da ifade ettiği gibi; parti yasaklarının koruduğu değer, mevcut siyasi-kamusal düzenin tüm detayları değil, siyasi sürecin açıklığı ve özgürlüğüdür. Bu nedenle doğru biçimde devletin korunmasından değil anayasanın korunmasından söz edilir ve korunan değer “özgürlükçü demokratik temel düzen” olarak adlandırılır¹¹.

Türk Anayasa hukuku açısından bakıldığında siyasi partiler ilk defa anayasal düzeyde 1961 Anayasası ile ele alınmıştır. Bu Anayasa, hem partileri anayasal güvenceye kavuşturmuş hem de parti yasaklarına aykırı hareket eden partiler için kapatma yaptırımını öngörmüştür. 1961 Anayasası, siyasi parti özgürlüğünü öncelikle bir temel hak olarak düzenlemiş ve yurttaşların siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve çıkma hakkını güvence altına almıştır (md.56/1). Bununla birlikte Anayasa, yalnızca bireysel bir hak olarak parti özgürlüğünü güvence altına almakla yetinmemiş; partilere kurumsal güvence de sağlamıştır.

Gerçekten de 1961 Anayasası partilere, hem önceden izin almaksızın serbestçe kurulma ve hem de serbestçe faaliyette bulunma olanağı tanımıştır (md. 56/2). Kurumsal güvence kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir hüküm ise, parti kapatma davalarına ancak Anayasa Mahkemesi tarafından

⁹ Fazıl SAĞLAM, “Avrupa’da Haklar Çerçevesinde Türkiye”, *Mülkiye Dergisi*, cilt: XXIV, sayı:220, s. 100.

¹⁰ Fazıl SAĞLAM, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta yayını, İstanbul, 1999, s. 73.

¹¹ Osman Korkut KANADOĞLU/Ahmet Mert DUYGUN, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s.237.

bakılacağı ve kapatma kararının yalnızca bu Yüksek Mahkeme tarafından verilebileceğini (md.57/son) öngören hükümdür. Önceki dönemde siyasal dernek sayılan partiler, adli mahkemeler tarafından kapatılabiliyordu (Örneğin, Demokrat Parti ve Millet Partisi). Bu açıdan yüksek mahkeme niteliğinde olan ve 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, partilere en üst düzeyde yargısal güvence getirmiş ve bu yönüyle de Anayasa onları derneklerden ayırmıştır.

Ayrıca, parlamenter demokratik rejimde partilerin “iktidar” ve “muhalefet” olma işlevleri ilk defa 1961 Anayasası ile vurgulanmış; iktidar-muhalefet ayrımı yapılmaksızın, bütün partilerin “demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları” oldukları anayasal düzeyde kabul edilmiştir (md.56/3). Anayasa, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olarak gördüğü partilerin, kendilerinin de iç düzenlerinin ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygun olmasını emretmiştir (57/2).

Benzer düzenlemeler öngören 1982 Anayasası da aynı anlayışı sürdürmüş ve mevcut parti yasaklarına yenilerini ekleyerek, parti yasaklama rejiminin sınırlarını yeniden çizmiştir. 1982 Anayasası parti yasaklama nedenlerine 68. maddede topluca yer vermiştir. Bir partinin tüzük ve programları ile eylemlerinin bu yasaklama nedenlerine aykırı olması parti kapatma nedeni sayılmıştır. Maddede sayılan söz konusu parti yasaklarının amacı şöyle sıralanabilir:

- Devletin bağımsızlığının korunması
- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması
- İnsan hakları ve eşitlik ilkelerinin korunması
- Demokratik ve laik devlet düzeninin korunması
- Millet egemenliği ve Cumhuriyet ilkelerinin korunması
- Suç işlenmesini teşvik yasağı,

Her ne kadar Anayasa yukarıda yer alan ilke ve kurumları topluca koruma altına almışsa da uygulamada parti yasaklama rejiminin laik devlet düzeninin korunması ve üniter devlet düzeninin korunması işlevine yönelik olarak kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla suç işlenmesini teşvik yasağı, devletin bağımsızlığının korunması, insan hakları ve eşitlik ilkelerinin korunması, Millet egemenliği ve Cumhuriyet ilkelerinin korunması amacına yönelik olarak herhangi bir parti kapatma kararı verilmemiştir.

1) Laik Devlet Düzeninin ve Üniter Devlet Düzeninin Korunması

Anayasa Mahkemesi, hem 1961 Anayasası döneminde hem de 1982 Anayasası döneminde çok sayıda siyasal partiyi laik devlet düzeninin

korunması amacıyla kapatmıştır. Milli Nizam Partisi¹², Huzur Partisi¹³, Refah Partisi¹⁴ gibi çok sayıda parti Yüksek Mahkeme'nin kararı ile kapatılmıştır. Adalet ve Kalkınma Partisi ise laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiği gerekçesiyle mali yardımdan yoksun bırakma yaptırımına tabi tutulmuştur¹⁵. Bunun dışında Diyanet İşleri Başkanlığını benimsemediği için laiklik adına kapatılan partiler de olmuştur. Örneğin, Anayasa Mahkemesi laik devlet düzeninin korunması adına ÖZDEP i kapatmıştır. Kapatma gerekçesi ise ÖZDEP'in parti programında Diyanet İşleri Başkanlığını lağvedeceklerini ve din işlerini cemaatlere bırakacaklarını önermesidir¹⁶. Gerçi daha sonra 1995 Anayasa değişikliği etkisiyle Demokratik Barış Hareketi Partisi kararında bu yanlıştan dönmüştür ve kapatma talebini reddetmiştir¹⁷.

Üniter devlet düzeninin korunmasına gelince; Anayasa'nın parti yasaklarını düzenleyen 68. maddesinin dördüncü fıkrasında, partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez

¹² AYM, E. 1971/1 (parti kapatma), K. 1971/1, Kt. 20.05.1971; **AYMKD**, sayı: 9, s. 3-71; RG. 14.01.1972-14072.

¹³ AYM, E. 1983/2 (parti kapatma), K. 1983/2, Kt. 25.10.1983 ; **AYMKD**, sayı: 20.

¹⁴ AYM, E. 1997/1 (parti kapatma), K.1998/1, Kt. 16.01.1998 ; **AYMKD**, sayı: 34/2.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi 30 Temmuz 2008 tarihinde verdiği kararda, AKP'nin laikliğe aykırılıkların odağı haline geldiğini tespit etmiş ve nitelikli çoğunluk (3/5) sağlanmadığı için mali yardımın yarısından yoksun bırakılmasına karar vermiştir. AYM Kararı, E. 2008/1 (parti kapatma), K. 2008/2, Kt. 30/07/2008; Resmi Gazete, 24 Ekim 2008, Sayı: 27034

¹⁶ Anayasa Mahkemesine göre; "Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da yer alması hususu, din hizmetleri denetiminin Devletçe yürütülmesi, din işlerinde çalışacak kimselerin yetenekli olarak yetiştirilmesi yoluyla dini taassubun önlenmesi, ahlakın ve dinin toplum için manevi bir disiplin durumuna gelmesi ve böylece değişik dinlerdeki tüm inananları ve inanmayanlarıyla Türk Ulusu'nun çağdaş uygarlık düzeyine erişmesi ana ereğinin gerçekleştirilmesi nedenleri yanında, çoğunluğun müslüman olduğu ülkemizde, dini gereksinimlerin karşılanabilmesi için din hizmetleri görececek kişilerin, mabetlerin ve başka maddi gereksinimlerinin sağlanması, onarım ve bakımları gibi konulara da katkısı olması nedenlerine dayanmaktadır. (...) Yine bu nedenlerle devletin bu alandaki yardımı ve Diyanet İşleri Kuruluşu görevlilerinin memur sayılması, Devletin din işlerini yürüttüğü anlamına gelmeyip, ülke koşullarının zorunlu kıldığı durumlara uygun bir çözüm yolu bulmak amaç ve anlamını taşımaktadır." Bkz. AYM, E. 1993/1 (parti kapatma), K. 1993/2, Kt. 23.11.1993 ; **AYMKD**, sayı: 30/2, s. 927.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, Demokratik Barış Hareketi Partisi davasında 1995 Anayasa değişikliğinin de etkisiyle SPY'nin 89.maddesini ihmal ederek doğrudan Anayasa'yı uygulamış; dolayısıyla, partiler açısından Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içindeki yerinin tartışılmasını kapatma nedeni olmaktan çıkarmıştır. Bu kararı ile Yüksek Mahkeme, Sözleşme ile iç hukukumuz arasındaki normatif çatışma alanlarından birini ortadan kaldırarak gerekli uyumu sağlamıştır. Bkz. AYM, E. 1996/3 (parti kapatma), K. 1997/3, Kt. 22.05.1997; RG. 2 Haziran 2000, sayı: 24067, s. 13-49.

bütünlüğüne aykırı olamayacağı vurgulanmış ve 69. maddede de bu ilkeye aykırılık kapatma yaptırımına bağlanmıştır. 2820 sayılı SPY'nin "Milli Devlet Niteliğinin Korunması" başlığını taşıyan dördüncü kısmın ikinci bölümünde "bağımsızlığın korunması" (md.79), "Devletin tekliği ilkesinin korunması" (md.80), "azınlık yaratılmasının önlenmesi" (md.81), "bölgecilik ve ırkçılık yasağı" (md.82) ve "eşitlik ilkesinin korunması"na (md.83) yönelik yasaklar öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi çok sayıda partiyi üniter ve milli devlet düzeninin korunması amacıyla yönelik olarak kapatmıştır. Bu partilerin tüzük, program ya da ifadelerinde federalizm talebinde bulunmaları, ayrılıkçı bölücü bir dil kullanmaları gerekçe gösterilerek kapatılmıştır¹⁸. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan partilerin çoğunun, Anayasa ve SPY'deki bölünmez bütünlük ilkesine aykırılık gerekçe gösterilerek kapatıldığı görülmektedir. 1961 Anayasası döneminde Türkiye İşçi Partisi¹⁹ ve Türkiye Emekçi Partisi²⁰ 648 sayılı SPY'nin azınlık yaratma yasağını düzenleyen 89. maddesi uyarınca kapatılmışlardır. 1982 Anayasası dönemindeki liste ise oldukça kabarıktır. Bu dönemde de çok sayıda partinin kapatıldığı görülmektedir: Türkiye Birleşik Komünist Partisi²¹, Sosyalist Parti²², Halkın Emek Partisi²³, Özgürlük ve Demokrasi Partisi²⁴, Sosyalist Türkiye Partisi²⁵, Demokrasi Partisi²⁶, Sosyalist Birlik Partisi²⁷, Demokrasi ve Değişim Partisi²⁸, Emek Partisi²⁹ ve Demokratik Kitle Partisi³⁰.

¹⁸ Bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, **Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları**, s. 191-207.

¹⁹ AYM, E. 1971/3 (parti kapatma), K. 1971/3, Kt. 20.07.1971 ; **AYMKD**, sayı:9, s. 80-131.

²⁰ AYM, E.1979/1 (parti kapatma), K. 1980/1, Kt. 8.05.1980 ; **AYMKD**, sayı: 18, s. 3-45.

²¹ AYM, E.1990/1 (parti kapatma), K.1991/1, Kt.16.07.199; **AYMKD**, sayı: 27/2, s. 885-969.

²² AYM, E. 1991/2 (parti kapatma), K. 1992/1, Kt. 10.07.1992; **AYMKD**, sayı: 28/2, s. 696-830.

²³ AYM, E. 1992/1 (parti kapatma), K. 1993/1, Kt. 14.07.1993; **AYMKD**, sayı: 29/2, s. 924-1200.

²⁴ AYM, E. 1993/1 (parti kapatma), K. 1993/2, Kt. 23.11.1993; **AYMKD**, sayı: 30/2, s. 841-935.

²⁵ AYM, E. 1993/2 (parti kapatma), K. 1993/3, Kt. 30.11.1993; **AYMKD**, sayı: 30/2, s.936-1037.

²⁶ AYM, E. 1993/3 (parti kapatma), K. 1994/2, Kt. 16.06.1994; **AYMKD**, sayı:30/2, s.1061-1229.

²⁷ AYM, E. 1993/4 (parti kapatma), K. 1995/1, Kt. 19.07.1995; **AYMKD**, sayı: 33/2, s. 548-637.

²⁸ AYM, E. 1995/1 (parti kapatma), K. 1996/1, Kt. 19.03.1996; **AYMKD**, sayı: 33/2, s. 638-726.

Ancak, 2008 yılında benzer gerekçelerle hakkında kapatma davası çılan HAK-PAR hakkında kapatma talebini Anayasa Mahkemesi içtihat değişikliğine giderek reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, bu söylemlerin “demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı sonucuna vararak kapatma talebini reddetmiştir³¹.

Son olarak, 17/3/2021 tarihinde Halkların Demokratik Partisi’nin (HDP) kapatılması istemiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından hazırlanan iddianame ile kapatma davası açılmıştır. İddianamede, HDP’nin “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne” aykırı eylemlerin odağı olduğu gerekçesiyle bazı parti mensuplarına siyasi yasak getirilmesi ve Parti’nin kapatılması talep edilmiştir³².

2) Çoğulcu Demokrasinin ve Temel Hakların Korunması

a) Parti içi Demokrasinin Korunması

Parti içi demokrasi; bir siyasal parti içinde demokratik ilkelere uygun olarak siyasal faaliyette bulunma özgürlüğünü ifade eder³³. Dolayısıyla, parti yöneticilerinin demokratik usullere uyularak yapılan seçimlerle belirlendiği, parti politikasının belli aralıklarla yapılan ve farklı düşüncelerin tartışıldığı ulusal kongreler aracılığı ile tespit edildiği, parti içi kararların

²⁹ AYM, E. 1996/1 (parti kapatma) K. 1997/1, Kt. 14.02.1997; **AYMKD**, sayı: 34/2, s. 678-761.

³⁰ AYM, E. 1997/2 (parti kapatma), K. 1999/1, Kt. 26.02.1999; RG. 22.11.2001- 24591, s. 53-206.

³¹ AYM, E. 2002/1 (Parti Kapatma), K. 2008/1 Kt. 29.1.2008 R.G. Tarih-Sayı:01.07.2008-26923.

³² Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 17/3/2021 tarihli ve 36321649/2021/1 sayılı İddianamesi ile Halkların Demokratik Partisinin temelli kapatılması için Anayasa Mahkemesi’nde kapatma davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi, iddianamede eksiklikler bulunduğu gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na iade etmiştir. Yüksek Mahkeme iade gerekçesinde; haklarında yasaklılık istenen kişilerin kimlik bilgileri ile isnat edilen eylemler hakkında bilgi eksiklikleri olduğunu, ayrıca “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne” aykırı olduğu ileri sürülen, ancak soruşturma ve kovuşturma konusu olması dışında bir gerekçeye yer verilmeyen eylemler ile Partinin bu eylemlerin odağı haline gelmesi arasındaki ilişkinin kurulmadığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme bu gerekçeden yola çıkarak, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 170. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarına aykırı olarak düzenlenen İddianamenin, Kanun’un 174. maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar vermiştir. Bkz. AYM, E. 2021/1 (Parti Kapatma), K. 2021/1, Kt. 31/3/2021. Daha sonra eksikliklerin giderilerek tamamlandığı yeni iddianame Anayasa Mahkemesi tarafından 21 Haziran 2021 tarihinde oy birliği ile kabul edilmiştir.

³³ Osman Korkut KANADOĞLU/Ahmet Mert DUYGUN, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, s.224-231.

aşağıdan yukarıya doğru, üyelerin siyasal katılım özgürlüklerinin (bireysel parti özgürlüğünün) tanınarak alındığı ve parti içi iradenin oluşum aşamasının demokratik esaslara uygun olması gerektiği bir iç düzen ve işleyiş parti içi demokrasinin gereğidir³⁴.

Başta partiler olmak üzere, örgütlü siyasal yapıların zamanla oligarşik eğilimler gösterdiği bilinen bir gerçektir. Büyük ve karmaşık örgüt yapısı, hızlı ve etkin karar alma gereksinimi, uzmanlık gerektiren siyasi faaliyetlerin artması ve liderin kutsanması eğilimi nedeniyle, parti içindeki belirli bir azınlığın demokratik olmayan yöntemlerle çoğunluğu yönetmesi söz konusudur. Alman siyaset sosyoloğu Robert Michels bu olguyu, “*oligarşinin tunç yasası*” (das eherne Gesetz der Oligarchie) olarak nitelendiriyor³⁵. Aynı şekilde, partilerin içyapılarını esas itibarıyla otokratik ve oligarşik olarak niteleyen Duverger, partinin yönetici sınıfının parti tabanı ile arasında az çok kendi içine kapanmış bir kast meydana getirme eğilimi olduğunu, hatta seçimler yoluyla bu kastın genişlediğini ifade ediyor³⁶.

O halde, hukuk yoluyla ve özellikle anayasal düzeyde parti içi demokrasinin tanınıp güvence altına alınması anılan oligarşik eğilimleri zayıflatmak açısından büyük önem taşıyor. Parti içi demokrasi konusunda ilk anayasal düzenleme 1949 tarihli Bonn Anayasası’nda yer almaktadır. Bu Anayasa’nın 21. maddesi, “*Partiler, halkın siyasal iradesinin oluşumuna katılırlar. Kuruluşları serbesttir. İç düzenleri demokratik prensiplere uygun olmak zorundadır*” diyerek, parti içi demokrasiyi anayasal bir ilke olarak güvence altına almıştır. Aynı yönde 1982 Türk Anayasası da, “*siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur.*” (md. 69/I) diyerek, parti içi demokrasi ilkesine vurgu yapmıştır. Hatta 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası (md.93); parti içi çalışmaların parti yönetimi, denetimi, parti organı için yapılacak seçimlerin, yetkili organlar tarafından alınan kararların ve yapılan eylem ve işlemlerin parti üyeleri arasındaki eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına aykırı olamayacağını öngörmektedir.

Türk hukukunda parti içi demokrasi ilkesine aykırılık doğrudan bir parti kapatma nedeni olarak düzenlenmiş değildir. Bu nedenle parti içi

³⁴ Bkz. Tevfik Sönmez KÜÇÜK, **Parti İçi Demokrasi**, s. 90-126.

³⁵ Bkz. Robert MICHELS, **Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie -Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens**, Kröner Verlag, Stuttgart 1970, 24-86.

³⁶ Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, Çev. Ergun Özbudun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 536-537.

demokrasiye aykırılık gerekçesiyle bugüne kadar herhangi bir parti aleyhinde kapatma davası açılmadığı gibi Anayasa Mahkemesi tarafından bu gerekçeye dayalı olarak bir kapatma kararı da verilmemiştir. Ancak, parti içi demokrasi ilkesi kapatma yaptırımına bağlanmamış olmakla birlikte emredici bir hüküm olarak varlığını sürdürmektedir. Nitekim, 2820 sayılı Kanununun 104. maddesi parti kapatma dışında kalan emredici hükümlere aykırılık halinde Anayasa Mahkemesine önce ihtar, eğer ihtara uyulmazsa mali yardımdan yoksun bırakma yaptırımını uygulama yetkisi veriyordu. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 11.06.2009 tarihinde verdiği bir kararla (AYM Kararı, E. 2008/5, K.2009/81), 104. maddenin ikinci fıkrasının ikinci tümcesini iptal ederek, sadece parti içi demokrasiye aykırılıkların değil; Kanunda parti kapatma dışında öngörülen diğer emredici kuralların da yaptırımsız kalmasına yol açmıştır.

Buna karşın, Alman Hukukunda parti içi demokrasi ilkesine aykırılık parti kapatma nedeni olarak görülmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 23 Ekim 1953 tarihinde Sosyalist Rayh Partisi'ni (Sozialistische Reichspartei/SRP) kapatırken dayandığı gerekçelerden biri de parti içi demokrasiye aykırılık olmuştur³⁷. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre; "SRP'nin örgütsel yapısının temeli *führer* ilkesine dayanmaktadır. Parti, tıpkı Nazi Partisi gibi yukarıdan aşağıya doğru askeri bir örgüt tarzında ve demokratik biçime aykırı olarak yapılanmıştır. Partiye üyeliğin, parti yönetimine mutlak itaat koşuluna bağlanması, partiye üyelik başvurularının keyfi olarak reddedilmesi, yerel parti örgütlerinin herhangi bir gerekçeye dayanmadan feshedilmesi ve tek kişi tarafından keyfi kararlar alınması; SRP'nin *Führer* anlayışı doğrultusunda yapılandığını göstermektedir"³⁸.

b) Demokratik Rejimin ve Temel Hakların Korunması

Kuşkusuz, partiler demokratik rejimin vazgeçilmez unsurlarıdır. Bununla birlikte, siyasal partiler kendi işlev ve amaçlarının dışına çıkarak, çoğulcu demokratik rejimi ortadan kaldırmaya yönelebilirler. Bu anlamda etkili bir parti yasaklama rejimi şeriatçı, ırkçı ya da faşist partilere karşı çoğulcu demokrasiyi güvence altına alır.

Gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası Cumhuriyetin nitelikleri arasında "demokratik devlet" ilkesine de yer vermişlerdir (md.2). 1961 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 Anayasası değiştirilemeyen ve

³⁷ SRP'nin (Sozialistische Reichspartei) yasaklanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Horst MEIER, **Parteiverbote und demokratische Republik**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 1993, s. 22-46.

³⁸ BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), 2, s. 69.

değiştirilmesi teklif edilemeyen hükümler arasına devletin demokratik niteliğini de eklemiştir. Ayrıca, demokratik nitelik parti faaliyetleri ve özgürlüğü açısından Anayasa'nın md.68/4 hükmünde özel olarak korunmuş ve bu ilkeye aykırı partilerin kapatılacağı hükme bağlanmıştır:

“Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri (...) insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik (...) Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

Anayasa Mahkemesine göre³⁹; “(...) Demokratik devletin özü, siyasal haklar, seçim ve kamusal yetkilerin anayasal temelidir. Gözetilmesi gereken husus, yasama organının seçimle oluşturulmasının yanında siyasal hakların tanınması ve kamusal yetkilerin Anayasa ile belirlenmiş sınırlar içinde kullanılmasıdır.” Başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme klasik demokrasilere atıf yapmıştır⁴⁰: “Klasik demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir.”

1982 Anayasası'nın partiler için öngördüğü sınırlı politik alan çerçevesinde militan demokrasi anlayışını benimsediğini belirtmiştik. Aynı biçimde Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁴¹; “*demokratik yaşamı tehdit eden, ondan yoksun kalmaya yol açacak eylemlere girişen veya bu tür amaçları taşıyan siyasi partilerin kapatılmaları doğal karşılanmalıdır. Tersine düşünce, başka biçim ve adla gerçekleştirilmesi olanaksız sakıncalı amaçların siyasi parti kimliğiyle gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur.*” diyerek, militan demokrasi anlayışını kabul etmiştir.

Alman Anayasası'nda demokratik devlet yerine “özgürlükçü demokratik temel düzen” ifadesi yer almıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, *özgürlükçü demokratik temel düzenin* tanımını geniş bir çerçeveye taşıyarak şöyle yapmıştır⁴²: “Bu düzenin temel ilkeleri, Anayasa'da somutlaşan insan haklarına saygı, her şeyden önce kişinin yaşam ve özgürce gelişim hakkı,

³⁹ AYM, E.1987/23, K.1987/27, Kt.9.10.1987; **AYMKD**, sayı: 23, s. 380-381.

⁴⁰ AYM, E.1985/8, K.1986/27, Kt. 28.11.1986; **AYMKD**, sayı: 22, s. 365.

⁴¹ AYM, E.1997/1 (parti kapatma), K.1998/1, Kt. 16.01.1998; RG. 22.02.1998, sayı: 23266, s.277.

⁴² **BVerfGE**, 5, s. 197, 204.

halk egemenliği, kuvvetler ayrılığı, yönetenlerin sorumluluğu, idarenin yasallığı, yargının bağımsızlığı, çok partililik ilkesi ve anayasal bir muhalefetin varlığı biçiminde ifade edilebilir.” Federal Alman Anayasası’nın 21. maddesi; “*Amaçlarına ya da taraftarlarının tutumlarına göre; özgür demokratik temel düzeni zedelemeye veya ortadan kaldırmaya (...) yönelen partiler, Anayasa’ya aykırıdır.*” diyerek, özgür demokratik düzene aykırı partileri kapatma yaptırımına tabi tutmaktadır.

Demokratik devlet kapsamında Anayasa’nın öngördüğü parti kapatma nedenlerinden biri de *sınıf veya zümre diktatörlüğü kurma* amacıdır. Ancak burada yasaklanan sınıf iktidarı değil sınıf diktatörlüğüdür.

1961 Anayasası döneminde, Türk Anayasa Mahkemesi de aynı biçimde sınıf egemenliği ile sınıf iktidarı arasındaki ayrımı özenle vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme, Türkiye İşçi Partisi’nin kapatılmasına ilişkin verdiği kararda⁴³; Parti’nin IV. Büyük Kongre kararlarında geçen “işçi sınıfının müttefik ve destekleyicisi emekçi sınıflarla birlikte iktidara gelmesi”, “işçi sınıfının örgütsel, politik, ideolojik ve eylemsel öncülüğünün gerçekleştirilmesi”, “sosyalizm”, “sosyalist devrim” gibi ifadeleri, parti kapatma nedeni olarak değerlendirmemiştir. Yüksek Mahkeme, Türkiye Emekçi Partisi’nin kapatılmasına ilişkin verdiği kararda da⁴⁴ “işçi sınıfı ve yoksul köylü temeline dayanmak”, “işçi sınıfı ve yoksul köylülüğün siyasi iktidarı”, “sosyalist devrim” gibi ifadeleri parti kapatma nedeni olarak görmemiştir.

1982 Anayasası döneminde ise, sınıf iktidarının yasaklanmadığına ilişkin çarpıcı bir örnek, Sosyalist Parti’nin kapatılması istemini reddeden Anayasa Mahkemesi kararı ile ortaya çıkmıştır⁴⁵. Bu dava vesilesiyle, “sosyalizm”, “sınıf mücadelesi” ve “sınıf diktatörlüğü” kavramlarına açıklık getiren Yüksek Mahkeme, bir partinin yalnızca adının “sosyalist” olmasının o partinin yasaklanması için yeterli olamayacağını belirterek ihtilalci sosyalistler ile demokratik sosyalistleri birbirinden ayırmıştır⁴⁶.

Aynı şekilde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi de Alman Komünist Partisi’nin, (KPD) yasaklanmasına karar verirken sınıf iktidarını değil, sınıf

⁴³ AYM, E.1971/3 (parti kapatma), K.1971/2, Kt. 24.06.1971; **AYMKD**, sayı: 9, s. 71-79 ; RG. 6.01.1972-14064.

⁴⁴ AYM, E.1979/1 (parti kapatma), K. 1980/1, Kt. 8.05.1980; **AYMKD**, sayı:18, s. 3-45; RG. 26.07.1980 – 17059.

⁴⁵ AYM, E.1988/2 (parti kapatma), K.1988/1, Kt. 8.12.1988 (Birinci Sosyalist Parti Davası) ; **AYMKD**, sayı: 24, s. 534- 620 ; RG. 16.05.1989 – 20167.

⁴⁶ **Aynı karar**, s. 586- 590.

diktatörlüğünü yasaklamış ve şu saptamayı yapmıştır⁴⁷: “KPD’nin hedeflediği proletarya diktatörlüğü, özgür demokratik temel düzen ile bağdaşmaz. KPD, marksist-leninist bir öğretiye bağlı bir parti olarak, özgür demokratik temel düzenin ilke ve kurumlarını reddetmektedir. Özgür demokratik temel düzen, her şeyden önce, çok partililik ilkesine, bütün partilerin fırsat eşitliğine ve parlamenter bir muhalefetin varlığına dayanır. Dolayısıyla tek parti anlayışı, demokratik düzen ile bağdaşmaz.”

3) Devletin Bağımsızlığının Korunması

1982 Anayasası’nın parti yasaklarını düzenleyen 68. maddesinde, partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin devletin bağımsızlığına aykırı olamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bağımsızlığın korunmasına ilişkin yasak, 1995 Anayasa değişikliği ile 68. maddenin dördüncü fıkrasına eklenmiştir.

2820 sayılı SPY ise, “bağımsızlığın korunması”nı 79. maddede düzenlemiştir. Halen yürürlükte olan 79. maddenin (a) bendine göre;

Siyasal partiler, “Türkiye Cumhuriyetinin, milletlerarası hukuk alanında bağımsızlık ve eşitlik ilkesine dayanan hukuki ve siyasi varlığını ortadan kaldırmak yahut milletlerarası hukuk gereğince münhasıran Türkiye Cumhuriyetinin yetkili olduğu hususlara diğer devletlerin, milletlerarası kuruluşların ve yabancı gerçek ve tüzel kişilerin karışmasını sağlamak amacını güdemezler ve bu amaçlara yönelik faaliyette bulunamazlar.”

Devletin bağımsızlığından kasıt devletin dış egemenliğidir. Bir devletin uluslararası hukuk bakımından kişiliğe sahip olması ve diğer devletlerle eşit olması dış egemenlik olarak nitelendirilir. Tüzük ve programları ya da eylemleri ile Devletin dış egemenliğini tehlikeye düşüren partilerin kapatılması söz konusu anayasal hüküm ile mümkün kılınmıştır. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir federal devletin federe devleti haline gelmesi onun uluslararası kişiliğini ortadan kaldıracağına göre bu devletin bağımsızlığı ilkesine aykırı olur. Bu nedenle Türkiye’de bir siyasi partinin Türkiye Cumhuriyetinin bir federasyona katılmasını amaçlayan faaliyette bulunması yasak olup kapatma yaptırımını gerektirir⁴⁸. Aynı şekilde Anayasa’nın 69/9 maddesi gereğince; “*Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklughunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır.*” Söz konusu hüküm de devletin bağımsızlığını koruyan bir niteliğe sahiptir.

⁴⁷ BVerfGE, 5, s. 224-225.

⁴⁸ Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa, 2019, s. 426. *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

Benzer şekilde Alman hukukunda devletin varlığını tehlikeye düşüren faaliyetlere yönelik partilerin yasaklanması öngörülmektedir. Devletin varlığının korunması, her şeyden önce devletin bağımsızlığının, dış politikadaki hareket özgürlüğünün ve toprak bütünlüğünün korunmasını ifade eder⁴⁹. Alman Anayasası'nda devletin federatif yapısının korunması değiştirilemez hükümler arasında yer almıştır (md.79/3). Ancak özgür demokratik temel düzenin bir unsuru sayılan federatif yapı, Almanya için tarihsel nedenlerle anti-totaliter bir nitelik taşımaktadır⁵⁰. Gerçekten de, Nazi İktidarının bir yasa ile (Gleichschaltungsgesetze, 31.03.1933) federatif yapıya son vermesi, Nazi diktatörlüğünün kuruluşunda önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir⁵¹. Bu açıdan, Almanya için federatif yapı dikta rejimlerinin kurulmasına elverişsiz bir zemin yarattığından, devletin korunması amacına değil; bizzat özgür demokratik düzenin korunması amacına hizmet etmektedir. Böylece, Türkiye'de bir siyasal partinin, federal bir devlet kurma amacıyla devletin üniter yapısını tehlikeye düşürecek bir eylem içine girmesi parti kapatma nedeni ise Federal Almanya'da da bir siyasal partinin devletin federal yapısını değiştirip üniter bir yapı kurmak amacıyla Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelmesi bir parti kapatma nedenidir.

4) Suç İşlenmesini Teşvik Yasağı

1982 Anayasa'nın ilk metninde mevcut olmayıp da 1995 Anayasa değişikliği ile getirilen parti yasakları arasında suç işlenmesini teşvik yasağı da bulunmaktadır. 1995 Anayasa değişikliği, parti kapatma nedenleri arasında suç işlenmesini teşvik yasağı yanında "eşitlik", "hukuk devleti", "devletin bağımsızlığı" gibi yeni kavram ve ilkeler eklemiştir⁵².

⁴⁹ Karl H. SEIFERT, "**Zum Verbot politischer Parteien**", s. 84 ; MAUNZ-DÜRIG, **Grundgesetz**, Kommentar, Band II, Verlag C.H. Beck, München 1987, Art.21/118; Peter SCHOLTEN, "**Parteiverbot**", **Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Europäisches Parteienrecht**, Fern Universitaet Hagen, Heft: 10, s. 91.

⁵⁰ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, KPD'yi kapatma kararında Parti'nin üniter devlet yapısını amaçlamasının ardındaki gerçeği şöyle yorumlamaktadır: "KPD'nin Almanya'nın tekrar birleşmesine yönelik amacının temelinde, demokratik Cumhuriyeti yıkmak hedefi yatmaktadır. Bu amaçla Parti, 'Adenauer Hükümeti'ne karşı düşmanca bir mücadeleye girişmiş ve Hükümeti devirmeyi ulusal kurtuluş Mücadelesi olarak öngörmüştür. Böylece Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmeye çalışmıştır." Bkz. **BVerfGE**, 5, s. 254-255. Ayrıca bkz. Oktay UYGUN, "**Mücadeleci Demokrasi ve Siyasal Partilerin Kapatılması**", s.811.

⁵¹ Klaus STERN, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Band I, zweite Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 1984, s. 565.

⁵² YÜZBAŞIOĞLU, Necmi - "**Siyasi Parti Yasaklamaları Rejimi**", **Baro Gündemi**, İstanbul Barosu Yayını, sayı: 3, Haziran- Temmuz 1997, s. 23.

Bir parti kapatma nedeni olarak suç işlenmesini teşvik yasağı, 1995 Anayasa değişikliğine ilişkin 301 imzalı teklifte yer almamaktaydı⁵³. Anayasa Komisyonu, değişiklik teklifi üzerinde yeni bir değişiklik iradesi sergileyerek⁵⁴, “suç işlenmesini teşvik edemez” hükmünü teklif metnine dahil etmiştir. Buna karşın, 2820 sayılı SPY’de suç işlenmesini teşvik yasağını düzenleyen somut bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yasağa yalnızca 4445 sayılı Yasa ile değişik 101. maddenin (a) bendinde yer verilmiş ancak yasal herhangi bir somutlaştırma yoluna gidilmemiştir. 1995 Anayasa değişikliğinden bu yana söz konusu yasaklama hükmüne dayanılarak herhangi bir parti kapatma davası açılmadığından Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yorumunu bilemiyoruz⁵⁵. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme Fazilet Partisini kapatma kararında kendisinin ve Danıştay’ın türban yasağı konusundaki kararlarını hatırlattıktan sonra “halkı kin ve düşmanlığa tahrik”ten söz etmiş ancak bunu doğrudan anayasadaki ifadesiyle suç işlenmesini teşvik yasağı ile ilişkilendirmemiştir⁵⁶.

⁵³ 301 imzalı Anayasa değişikliği teklifi, 68. maddenin dördüncü fıkrası olarak şu hükmü öngörmekteydi: “Siyasi partilerin tüzük ve programları, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz. Sınıf, zümre veya herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz.” Bkz. 7.11.1982 Tarihli ve 2709 Numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi, **TBMM Tutanak Dergisi**, Dönem:18, yasama yılı: 4, cilt: 88’e Ek (S. Sayısı:861), s. 55.

⁵⁴ Anayasa Komisyonu’nun yetkilerini aşarak, değişiklik teklifi üzerinde yeni bir değişiklik iradesi sergilediği ve böylece Anayasa değişikliğini amacından saptırdığı yönündeki eleştiriler için bkz. Zafer ÜSKÜL, “Anayasa Komisyonu Yetkilerini Aşıyor”, **Milliyet Gazetesi**, 4.07.1995; İbrahim Ö. KABOĞLU, “Anayasada Amaçtan Sapma”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 4.07.1995.

⁵⁵ Ancak Anayasa Mahkemesi, Sosyalist Parti’yi kapatma kararında, henüz Anayasa ve SPY’de suç işlenmesini teşvik yasağı öngörülmediği halde Parti’nin “Kürt Halkı ayağa kalkıyor, kimliğini eylemiyle kabul ettiriyor. Newrozunu kutluyor. Ezilen Kürt anayasa yapıyor, kanun yapıyor” ifadesini parti kapatma nedeni olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, bu ifadelerle “.. ayaklanma, yakıp yıkma, kendiliğinden anayasa ve yasa düzeyinde işlem yapma gibi hukuk dışı oldu bittiler övülmektedir. Parti suç olan eylemi övemez. Suç olan eyleme özendirmez, suç olan eylemi kışkırtamaz. Suçlara öncülük veya yataklık yasaktır.” Bkz. AYM, E. 1991/2 (parti kapatma), K. 1992/1. Kt. 10.07.1992; **AYMKD**, sayı: 28/2, s. 814.

⁵⁶ “Öte yandan, Parti’nin Genel Başkanı, Milletvekilleri ve kimi Belediye Başkanları lâikliğin yanlış tanımlandığı iddiasıyla resmî daire ve üniversitelerde uygulanan türban ve başörtüsü yasağını hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen, zulüm ve zorbalık olarak niteleyerek kamu düzenini bozacak biçimde halkı devlet görevlilerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmişlerdir” Bkz. AYM, E.1999/2 (parti kapatma) K. 2001/2, Kt.22.06.2001.

III) Parti Yasaklama Rejiminin Kötüye Kullanılması: “NPD Davası”

Parti yasaklama rejiminin işlevi ve amacı çoğulcu demokratik düzeni sürdürülebilir ve işler kılmak ve bu düzende temel hak ve özgürlüklerin güvencede olmasını sağlamaktır. Parti yasakları bu amaç ve işlevi gerçekleştirdikleri ölçüde meşru ve işlevsel görülebilir. Parti yasaklama rejiminin bu amaç ve işlevden saparak, ideolojik bir kontrol mekanizmasına dönüştürülmesi; parti kapatma yöntemiyle özellikle muhalif partilerin siyasi yaşamdan elimine edilmesi parti yasaklama rejiminin kötüye kullanıldığına işaret eder. O halde parti yasaklama rejimi çoğulcu demokratik düzenin korunmasını sağlayabileceği gibi parti kapatma pratiğinin kötüye kullanılması durumunda demokratik çoğulcu düzeni yozlaştırabilir de. İşte, Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu nedenle parti yasaklama yaptırımını “iki ucu keskin bıçak” olarak nitelendiriyor. Yüksek Mahkeme’ye göre; demokratik hukuk devletinin örgütlü düşmanlarına karşı *iki ucu keskin bir bıçak* olarak parti yasağı davası, en üst düzeyde bir *hukuk güvenliği, şeffaflık, öngörülebilirlik ve güvenilirlik* gerektirir⁵⁷.

Parti yasaklama rejiminin kötüye kullanılması daha çok daha çok iktidar partilerinin başvurduğu bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, partilerin yasaklanması ve kapatılması konusundaki düzenlemelerde değişiklik yapmak suretiyle, rakip partileri sindirmek ya da elimine etmek⁵⁸ ya da bir parti yönetiminin gizli servis ajanları ile (ajan-provokatör yoluyla) ele geçirilip kapatılmasını sağlamak.

Nitekim NPD kapatma davası parti yasaklama rejiminin kötüye kullanılmasının çarpıcı bir örneğini oluşturmaktadır. Almanya’da aşırı sağcı Almanya Ulusal Partisi (NPD) hakkında 2001 yılında Federal Hükümet, Federal Anayasa Mahkemesine kapatma davası açmıştı. Daha sonra yargılama esnasında NPD’nin kapatılması için İçişleri Bakanlığına bağlı Anayasayı Koruma Dairesi’nin gizli ajanlarının parti yöneticisi kılığında faaliyet yürüttüğü ve ajan parti yöneticilerinin söz ve eylemlerin kapatma davasında delil olarak kullanılmak istendiği ortaya çıkmıştı. Yüksek Mahkeme söz konusu nedenlerle davanın usulen düşmesine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme’ye göre; Devlet güvenlik makamlarının anayasal yükümlülüğü özgür, demokratik anayasal düzeni korumaktır. Söz konusu makamlar, bu görevi yasalar çerçevesinde siyasi partileri ve grupları izleyerek onların özgür demokratik temel düzen için tehlike oluşturup

⁵⁷ BverfGE, 2 BvB 1/01, Absatz 86.

⁵⁸ Ayrıntı için bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, “Almanya’da Parti Yasaklama Rejimi ve Alman Anayasa Mahkemesinin NPD Hakkında Verdiği Karar Üzerine Düşünceler” **Legal Hukuk Dergisi**, Ekim 2004, sayı: 22, s. 2835 -2856.

oluşturmadıklarını saptayabilirler⁵⁹. Partinin gizli yöntemlerle gözetlenmesi; parti özgürlüğüne ve buna bağlı olarak kendi kaderini belirleme hakkına (Selbstbestimmung) ağır bir saldırı oluşturur. Dolayısıyla, böyle bir gözetleme yalnızca belirli yasal düzenlemelerden hareket ederek değil; aynı zamanda orantılılık ilkesi açısından özel bir haklı nedenin varlığını zorunlu kılar⁶⁰.

Ancak, bir partinin kamusal alanda gözetlenmesi; örneğin, kamuya açık parti toplantıları ya da parti tarafından düzenlenen yürüyüşler esnasında yapılan gözetlemeler kuşkusuz parti özgürlüğüne aykırılık oluşturmaz. Aynı şekilde, parti tarafından yayınlanan ya da yönlendirilen yayınların devletin ilgili makamlarınca gözetlenmesi de mümkündür. Ancak, bir partinin gizli servis yöntemleri ile yoğun olarak izlenmesi o partinin yönetim kuruluna gizlice ajan sokulmasına; bu yolla partinin iradesine etki edilmesine; dolayısıyla, onun bir devlet organizasyonuna dönüşmesine yol açmamalıdır. Aksi takdirde; bu durum, onun parti statüsünün reddedilmesi, tanınmaması sonucunu doğurur.⁶¹

Bir partinin yönetim kademesinde devletin varlığının (ajan-provokatör) o partinin faaliyet ve iradesini etkilemesi kaçınılmazdır⁶². Bu nedenle, devlet tarafından partinin gözetlenmesi, gizli servis bağlantılarıyla bir partinin eyalet ve merkez yönetim kurullarına gizli servis ajanı üye yerleştirilmesi Anayasanın 21. maddesinde öngörülen anayasal parti statüsünü ağır bir biçimde zedeler⁶³.

Michaelis'in de haklı olarak ifade ettiği gibi; ajanlar aracılığıyla gizli gözetleme yöntemi, ancak çok istisnai durumlarda; devlete darbe hazırlığı girişimi gibi büyük tehlike durumunda ya da kamu düzenini doğrudan tehlikeye sokan ve özellikle ceza gerektiren eylemler söz konusu olduğunda kabul edilebilir. Bu durumda bile, yapılan işlem gizli yöntemlerle bilgi sağlama ve bunu devletin yetkili ve sorumlu organlarına ulaştırma işlevinden öteye gitmemelidir⁶⁴.

⁵⁹ *Federal Almanya'da bu saptamalar her yıl düzenli olarak Anayasayı Koruma Dairesi tarafından düzenlenen raporlara yansıtılır ve bu raporlar devlet organlarının ve kamu oyunun bilgisine sunulur.*

⁶⁰ **BverfGE**, 2 BvB 1/01, Absatz 78.

⁶¹ **BverfGE**, 2 BvB 1/01, Absatz 79.

⁶² **BverfGE**, 2 BvB 1/01, Absatz 81.

⁶³ **BverfGE**, 2 BvB 1/01, Absatz 80.

⁶⁴ *Bkz. Lars Oliver MICHAELIS, "Nachrichtendienstliche Beobachtung politischer Parteien", Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Europäisches parteienrecht, Heft 10, 2000, s. 43 - 51.*

Alman hukukunda parti kapatma davalarının siyasal organlar tarafından açılması siyasal rekabet açısından haksızlıklara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁵. Nitekim, Federal Hükümet tarafından gerek Sosyalist Rayh Partisi⁶⁶, gerekse Alman Komünist Partisi⁶⁷ hakkında kapatma davası açılmış olması karşısında, bu partiler tarafından yapılan savunmada Federal Hükümetin parti kapatma davası açma yetkisini muhalefet partilerini sindirmek ve tasfiye etmek amacıyla kötüye kullandığı iddia edilmiştir

Bir parti hakkında kapatma davası açılmış olması, dava kapatma kararı ile sonuçlanmasa bile; o partinin seçmenleri ve siyasal geleceği üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmekte, dava süresince o parti baskı altına alınmaktadır. O halde, dava açma yetkisinin şüphe ya da siyasal baskılar nedeniyle kullanımından kaçınmak, yeterli ve kesin delil elde etmedikçe böyle bir yola başvurmamak gerekir.

III) Parti Yasaklama Rejiminin Yeniden Düzenlenmesi İhtiyacı

Parti yasaklama rejiminin işlevi ve amacı çoğulcu demokratik düzeni sürdürülebilir ve işler kılmak ve bu düzende temel hak ve özgürlüklerin güvencede olmasını sağlamaktır. Parti yasakları bu amaç ve işlevi gerçekleştirdikleri ölçüde meşru ve işlevsel görülebilir. Aksi halde parti özgürlüğüne yönelik yapılan ölçsüz ve meşru olmayan müdahaleler çoğulcu demokratik düzeni otoriter düzene dönüştürür ve otoriter düzende temel hak ve özgürlüklerin korunması mümkün olmaz. İşte parti yasaklama rejimi bu hassas dengelyi sağlayabildiği ölçüde hak ve özgürlüklere dayalı çoğulcu demokrasiye hizmet etmiş olur.

Siyasi partilerimiz demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak parti özgürlüğü sınırsız ve sorumsuzca kullanılamaz. Temel hak ve özgürlükleri ve demokratik düzeni tehdit eden partilerin yasaklanması demokratik rejimin korunması açısından zorunluluktur.

1982 Anayasası'nın ilk şekli ve Anayasa Mahkemesi'nin katı uygulamaları nedeniyle çok sayıda siyasi parti kapatılmıştır. Ancak, 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile parti yasaklama nedenlerinin

⁶⁵ Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu (md.43/I), üç siyasal organa (Federal Meclis, Hükümet, Temsilciler Meclisi) Anayasa Mahkemesine, bir partinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile dava açma yetkisi veriyor. Oysa, parti kapatma gibi siyasal nitelikli bir davanın yargısal bir mercii tarafından açılması ve yürütülmesi adil ve tarafsız yargılama ilkesi açısından zorunluluktur. Çünkü, bu tür yetkilerin siyasal organlara verilmesi NPD davasında olduğu gibi bazı sakıncalara yol açabilmektedir.

⁶⁶ BVerfGE, 2, s. 6.

⁶⁷ BVerfGE, 5, s. 105.

çerçevesinin somutlaştırılarak daraltılması; partiye ve mensuplarına yönelik daha orantılı yaptırım türlerinin öngörülmesi; 2004 yılında yapılan değişiklikle AİHS gibi uluslararası sözleşmelerin iç hukuka üstün sayılması, hatta AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi bu alanda atılmış kayda değer adımlardandır. 1995 ve 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sayesinde, partilerin kapatılması eskiye oranla zorlaştırılmış ve parti kapatma yerine fiille orantılı bir yaptırım olarak partinin devlet yardımıdan yoksun bırakılması imkânı getirilmiştir. Bu olumlu gelişmeler, Türkiye'deki parti kapatma pratiğinin daha makul bir seviyeye oturmasına olanak sağlamıştır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi açısından, AİHM'nin bu alanda verdiği kararların yol gösterici ve standart belirleyici niteliği etkili olmuştur. Bununla birlikte, parti yasaklama yaptırımlarında eşitsizlik/orantısızlık içeren anayasal hükümler varlığını halen sürdürmektedir:

i) Mali yardım alan partiler açısından iki farklı yaptırım söz konusudur: kapatma ve mali yardımdan yoksun bırakma. Buna karşın, mali yardım almayan partiler bakımından tek yaptırım kapatmadır. Oysa mali yardım alsın ya da almasın bütün partiler açısından geçerli olmak üzere aykırılığın ağırlığı ile orantılı yaptırım modelleri öngörülebilirdi. (seçimlere girmekten men etme, geçici faaliyet yasağı koyma vb).

ii) Bir partiye yalnızca tüzük veya programının Anayasaya aykırılığı nedeniyle kapatma yaptırımı uygulanabilmektedir. Oysa eylemleriyle test edilmedikçe yalnızca tüzük ve programa dayalı aykırılıktan dolayı kapatma yaptırımı uygulanmamalı; kapatma yaptırımı Mahkemenin vereceği ihtar kararına uyulmaması koşuluna bağlanmalıdır.

iii) Anayasa'da kapatma nedenleri ile mali yardımdan yoksun bırakma nedenleri aynıdır (Ay. md. 68/4). Söz konusu hüküm özü itibarıyla zaten ağır filleri kapsamaktadır. Ayrıca 2820 sayılı Kanun'un emredici hükümleri için herhangi bir yaptırım (104. madde iptal edilmesi nedeniyle) söz konusu değildir. O halde Ay. md. 68/4'e aykırılığın tek yaptırımı kapatma olarak kalmalı, kapatma dışında kalan emredici hükümlerine aykırılıklar konusunda ise mali yardımdan yoksun bırakma da dahil daha hafif yaptırımlar öngörülmelidir. Kapatma yaptırımı dışındaki yaptırımlar Anayasa Mahkemesi tarafından salt çoğunluk ile kararlaştırılabilmelidir.

iv) 2820 sayılı Kanununun 108. maddesi yeniden düzenlenmelidir. Anayasa Mahkemesi 2820 sayılı Kanununun 108. maddesini 8.12.2010 tarihli kararı ile iptal etmiştir (E. 2010/17; K. 2010/112). Söz konusu madde hükmünün amacı, hakkında kapatma davası açılan bir partinin kapanma kararı alarak kapatma davasının olumsuz sonuçlarından kaçınmasını önlemeye

dönüktü.108. maddenin iptal edilmesi, hakkında kapatma davası açılmış bir partinin kendini feshederek kapatılma riskini ortadan kaldırıp, kapatma kararının diğer olumsuz sonuçlarına maruz kalmasını engelleyebilecek bir sonuç yaratmıştır. Hakkında kapatma davası açılmış bir partinin kapatmanın olumsuz sonuçlarından kaçınmak için kendini feshetmesi, Anayasa'nın 68. ve 69. maddesinde öngörülen yasak ve yaptırımları etkisiz hale gelmiştir⁶⁸.

IV) “Siyasi Parti Özgürlüğü Konusunda Venedik Komisyonunun Kriterlerine Uyulması

Hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasinin pekiştirilmesi amacıyla Venedik Komisyonu tarafından siyasi parti özgürlüğü konusunda belirli ilke ve kriterler oluşturulmuştur⁶⁹. “Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzer Önlemler Hakkında” Venedik Komisyonu tarafından belirlenen bu ilkeler, Avrupa Konseyi üyesi olan Türkiye açısından da büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, 1982 Türk Anayasası'nın siyasi parti yasaklama rejimi ve Anayasa Mahkemesi uygulaması, Venedik Komisyonu tarafından belirlenen ilkeler ışığında ele alınmalıdır. Komisyon, AİHS hükümlerini ve Avrupa ortak anayasal mirasını göz önünde bulundurarak şu kriterleri belirlemiştir⁷⁰:

i) Herkes, siyasi partiler yoluyla serbestçe örgütlenme hakkına sahiptir. Bu hak, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları dikkate alınmaksızın, siyasi görüşe sahip olma, siyasi görüşünü açıklama ve bilgi alış-verişinde bulunma haklarını içerir. Siyasi partiler için öngörülen “tescil” zorunluluğu bir sınırlama olarak gözükse bile; başlı başına tescil

⁶⁸ Ekrem Ali AKARTÜRK, “Anayasa Mahkemesinin SPY Md.108 Hakkında Verdiği İptal Kararının Parti Yasaklama Rejimi Üzerindeki Etkileri”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı: 10 cilt:2, 2013, s. 65-77.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, “Venedik Kriterleri Çerçevesinde Siyasal Partilerin Yasaklanması”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan**, Yetkin yayını, Ankara, 2009, s. 333-356.

⁷⁰ İngilizce ve Fransızca metinler için bkz., European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), “Guidelines on Prohibition and dissolution of Political Parties and Analogous Measures”, CDL-INF (2000) 1 ; Commission Europeenne pour la Democratie par le Droit (Commission de Venice), “Lignes Directrices sur l'interdiction et la Dissolution des Partis Politiques et les Mesures Analogues”, CDL-INF (2000) 1. Raporun İngilizce ve Fransızca metnine şu internet adresinden ulaşılabilir : <http://venice.coe.int>

zorunluluğu AİHS md. 10, ve 11’de güvence altına alınmış hakların ihlal edildiği anlamına gelmez.

ii) Hiçbir devlet, AİHM kararlarında da belirtildiği gibi, olağan dönemlerde olduğu gibi olağanüstü dönemlerde de uluslararası yükümlülükleri göz ardı ederek ve yalnızca kendi iç hukuk düzenlemelerine dayanarak sınırlamalar uygulayamaz. AİHS md. 15 uyarınca, devletin olağanüstü dönemlerde uygulayacağı sınırlamalar, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, geçici bir süre için ve durumun gerektirdiği ölçüde meşru görülebilir.

iii) Demokratik bir toplumda, bir siyasi partinin kapatılması ya da yasaklanması istisnai bir önlemdir. Yetkili devlet organlarının bir siyasi partinin yasaklanmasını yargı organlarından isteyebilmeleri için, temel hak ve özgürlükler veya anayasal düzen için gerçek bir tehdidin mevcut olduğunu gösteren yeterli kanıtı sahip olmaları gerekir. Yasaklanması istenen partinin, şiddeti savunduğunu (ırkçılık, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlük gibi spesifik gösteriler de buna dahildir.) veya terörist ya da diğer yıkıcı faaliyetlere açıkça karışmış olduğunu gösteren yeterli kanıt elde edilememiş ise, yargı yoluna başvurmamak gerekir. Ayrıca yetkili devlet organlarının o ülkedeki demokratik düzene yönelik tehdidin derecesini değerlendirmesi gerekir. Partinin yasaklanması ya da kapatılması için yetkili mahkemeye başvurmadan önce, hükümet ya da diğer devlet organları, o ülkenin hassas olduğu konuları göz önünde bulundurarak, yasaklanmasını veya kapatılmasını istedikleri partinin, demokratik anayasal düzen ve bireysel özgürlükler için gerçekten bir tehlike oluşturup oluşturmadığını, partiye karşı alınabilecek daha az radikal önlemlerin söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırıp kaldırmayacağını değerlendirmesi gerekir. Bu çerçevede, tehdidin derecesine göre, para cezaları veya diğer önlemler veya söz konusu faaliyetlere karışmış olan parti üyelerinin yargılanmalarını sağlamak gibi önlemlerin bu duruma çare olup olmayacağı öncelikle değerlendirilmelidir.

iv) Siyasi partilerin yasaklanması ya da kapatılmasında yargının rolü çok önemlidir. Bir partinin yasaklanmasına veya kapatılmasına yönelik alınacak hukuksal önlemler, ancak anayasaya aykırılığı ortaya koyan bir yargı organının kararı sonucunda uygulanabilir. Venedik Komisyonu raporunda açıklığa kavuşturulduğu üzere bu alanda farklı yargı makamları yetkili olabilmektedir. Bazı ülkelerde tek yetkili yargı makamı Anayasa Mahkemesi olmasına karşılık diğer bazılarında normal mahkemelerin yetkili olduğu görülmektedir. Mahkemenin bir siyasi parti aleyhine ileri sürülen kanıtı incelemesi ve bu kanıtın anayasal düzene karşı işlenmiş bir suçun unsurlarını taşıyıp taşımadığını değerlendirmesi gerekir. Eğer anayasal

düzene karşı ciddi bir suçun işlendiğini gösteren kanıtlar varsa, yetkili mahkeme, AİHS tarafından öngörülen standartlara, açık ve adil yargılama ilkelerine ve uygun (due process) bir yargılama sonucunda siyasi partinin yasaklanmasına ya da kapatılmasına karar verebilir.

v) Hukuka uygun yöntemlerle, anayasal düzenin barışçıl yollarla değiştirilmesinin savunulması, düşünce özgürlüğü kapsamında olup, bir partinin yasaklanması ya da kapatılmasını gerektirmez. Partilerin yasaklanması ya da kapatılması, ancak partilerin anayasa tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak biçimde, demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddet kullanılmasını savunması veya demokratik düzeni ortadan kaldırmak için şiddeti siyasi bir araç olarak kullanması durumunda meşru ve haklı görülebilir.

vi) Hiçbir siyasi parti yalnızca üyelerinin bireysel davranışlarından dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak, parti üyelerinin davranışı; parti programının, partinin siyasi amaçlarının bir sonucuysa ya da bu davranışların parti tarafından desteklendiğini gösteren kanıtlar varsa bu durumda yasaklama önlemine başvurulabilir. Böyle bir bağlantı kurulamıyorsa, sorumluluk tamamen eylemi gerçekleştiren parti üyesine ait olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

AKARTÜRK Ekrem Ali, “*Almanya’da Parti Yasaklama Rejimi ve Alman Anayasa Mahkemesinin NPD Hakkında Verdiği Karar Üzerine Düşünceler*” **Legal Hukuk Dergisi**, sayı: 22, Ekim 2004.

AKARTÜRK Ekrem Ali, **Türk Hukukunda Siyasi Parti Yasakları**, Yeditepe Üniv. Yayını, İstanbul, 2008.

AKARTÜRK Ekrem Ali, “*Anayasa Mahkemesinin SPY Md.108 Hakkında Verdiği İptal Kararının Parti Yasaklama Rejimi Üzerindeki Etkileri*”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı: 10 cilt:2, 2013.

BEYME Klaus von– DANIELS Robert V, “*Muhalefet*”, **AÜHF Dergisi**, cilt:6, sayı:1, 1979.

BOSUTER Kudret, **Türk Siyasi Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi**, Ulusal Basımevi, Ankara 1969.

DUVERGER Maurice, **Siyasi Partiler**, Çev. Ergun Özbudun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa, 2019.

- HAKYEMEZ Yusuf Ş., **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2000.
- KABOĞLU İbrahim Ö., “*Anayasada Amaçtan Sapma*”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 4.07.1995.
- KANADOĞLU Osman Korkut / DUYGUN Ahmet Mert, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 2. Baskı XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KÜÇÜK Tevfik Sönmez, **Parti İçi Demokrasi**, On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2015.
- MAUNZ-DÜRIG, **Grundgesetz**, Kommentar, Band II, Verlag C.H. Beck, München 1987, Art.21/118;
- MEIER Horst, **Parteiverbote und demokratische Republik**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993.
- MICHAELIS Lars Oliver, “*Nachrichtendienstliche Beobachtung politischer Parteien*”, **Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Europäisches parteienrecht**, Heft 10, 2000.
- MICHELS Robert, **Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie -Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens**, Kröner Verlag, Stuttgart 1970.
- SAĞLAM Fazıl, “*Avrupa’da Haklar Çerçevesinde Türkiye*”, **Mülkiye Dergisi**, cilt: XXIV, sayı:220.
- SAĞLAM, Fazıl **Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları**, Beta yayını, İstanbul, 1999.
- SCHOLTEN Peter, “*Parteiverbot*”, **Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Europäisches Parteienrecht**, Fern Universitaet Hagen, Heft: 10.
- SEIFERT Karl H., “*Zum Verbot politischer Parteien*”, **Die öffentliche Verwaltung**, Heft: 3, Februar 1961.
- SHIRER William, **Nazi İmparatorluğu, Doğuşu, Yükselişi, Çöküşü**, Çev. R. Güran, İstanbul, 1968.
- STERN Klaus, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Band I, zweite Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 1984.
- UYGUN Oktay, “*Mücadeleci Demokrasi ve Siyasal Partilerin Kapatılması*”, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.790.
- ÜSKÜL Zafer, “*Anayasa Komisyonu Yetkilerini Aşıyor*”, **Milliyet Gazetesi**, 4.07.1995;

ÜZELTÜRK TAHMAZOĞLU Sultan, “Venedik Kriterleri Çerçevesinde Siyasal Partilerin Yasaklanması”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 333-356.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “*Siyasi Parti Yasaklamaları Rejimi*”, **Baro Gündemi**, İstanbul Barosu Yayını, sayı: 3, Haziran- Temmuz 1997.

Anayasa (AYM) Mahkemesi Kararları:

AYM, E. 1971/1 (parti kapatma), K. 1971/1, Kt. 20.05.1971; **AYMKD**, sayı: 9, s. 3-71; RG. 14.01.1972-14072. AYM, E. 1971/3 (parti kapatma), K. 1971/3, Kt. 20.07.1971 ; **AYMKD**, sayı:9, s. 80-131.

AYM, E.1971/3 (parti kapatma), K.1971/2, Kt. 24.06.1971; **AYMKD**, sayı: 9, s. 71-79 ; RG. 6.01.1972-14064.

AYM, E.1979/1 (parti kapatma), K. 1980/1, Kt. 8.05.1980 ; **AYMKD**, sayı: 18, s. 3-45.

AYM, E. 1983/2 (parti kapatma), K. 1983/2, Kt. 25.10.1983 ; **AYMKD**, sayı: 20.

AYM, E.1985/8, K.1986/27, Kt. 28.11.1986; **AYMKD**, sayı: 22, s. 365.

AYM, E.1987/23, K.1987/27, Kt.9.10.1987; **AYMKD**, sayı: 23, s. 380-381.

AYM, E.1988/2 (parti kapatma), K.1988/1, Kt. 8.12.1988 (Birinci Sosyalist Parti Davası)

AYM, E.1990/1 (parti kapatma), K.1991/1, Kt.16.07.199; **AYMKD**, sayı: 27/2, s. 885- 969.

AYM, E. 1991/2 (parti kapatma), K. 1992/1. Kt. 10.07.1992; **AYMKD**, sayı: 28/2, s. 814.

AYM, E. 1992/1 (parti kapatma), K. 1993/1, Kt. 14.07.1993; **AYMKD**, sayı: 29/2, s. 924-1200.

AYM, E. 1993/1 (parti kapatma), K. 1993/2, Kt. 23.11.1993; **AYMKD**, sayı: 30/2, s. 841-935.

AYM, E. 1993/2 (parti kapatma), K. 1993/3, Kt. 30.11.1993; **AYMKD**, sayı: 30/2, s.936-1037.

AYM, E. 1993/3 (parti kapatma), K. 1994/2, Kt. 16.06.1994; **AYMKD**, sayı:30/2, s.1061-1229.

AYM, E. 1993/4 (parti kapatma), K. 1995/1, Kt. 19.07.1995; **AYMKD**, sayı: 33/2, s. 548-637.

AYM, E. 1995/1 (parti kapatma), K. 1996/1, Kt. 19.03.1996; **AYMKD**, sayı: 33/2, s. 638-726.

AYM, E. 1996/3 (parti kapatma), K. 1997/3, Kt. 22.05.1997; RG. 2 Haziran 2000, sayı: 24067, s. 13-49.

AYM, E. 1996/1 (parti kapatma) K. 1997/1, Kt. 14.02.1997; **AYMKD**, sayı: 34/2, s. 678-761.

AYM, E. 1997/1 (parti kapatma), K.1998/1, Kt. 16.01.1998 ; **AYMKD**, sayı: 34/2.

AYM, E. 1997/2 (parti kapatma), K. 1999/1, Kt. 26.02.1999; RG. 22.11.2001- 24591, s. 53-206.

AYM, E.1999/2 (parti kapatma) K. 2001/2, Kt.22.06.2001.

AYM, E. 2002/1 (Parti Kapatma), K. 2008/1 Kt. 29.1.2008 R.G. Tarih-Sayı:01.07.2008-26923.

AYM, E. 2008/1 (parti kapatma), K. 2008/2, Kt. 30/07/2008; Resmi Gazete, 24 Ekim 2008, Sayı: 27034

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts):

BVerfGE, 5, s. 105.

BVerfGE, 5, s. 197, 204.

BVerfGE, 5, s. 224-225.

BVerfGE, 5, s. 254-255.

BVerfGE), 2, s. 69.

BVerfGE, 2, s. 6.

BverfGE, 2 BvB 1/01, Absatz 78.

BverfGE, 2 BvB 1/01, Absatz 79.

BverfGE, 2 BvB 1/01, Absatz 80.

BverfGE, 2 BvB 1/01, Absatz 81.

BverfGE, 2 BvB 1/01, Absatz 86.

Diğer Kaynaklar:

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), “Guidelines on Prohibition and dissolution of Political Parties and Analogous Measures”, CDL-INF (2000) 1 ; Commission Europeenne pour la Democratie par le Droit (Commission de Venice), “Lignes Directrices sur l’interdiction et la Dissolution des Partis Politiques et les Mesures Analogues”, CDL-INF (2000) 1. Raporun İngilizce ve Fransızca metnine şu internet adresinden ulaşılabilir : <http://venice.coe.int>

7.11.1982 Tarihli ve 2709 Numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi, **TBMM Tutanak Dergisi**, Dönem:18, yasama yılı: 4, cilt: 88’ e Ek (S. Sayısı:861), s. 55.

* EVLİLİK DURUMUNU BİLDİĞİ HALDE EVLİ BİR KİMSE İLE CİNSEL İLİŞKİ KURAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TAZMİNAT SORUMLUSU OLUR MU?

(CAN A THIRD PERSON BE LIABLE FOR THE DAMAGES WHO ESTABLISHED SEXUAL RELATIONSHIP WITH A PERSON WHOM HE OR SHE KNOWS TO BE MARRIED?)

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı * **

ÖZ

Yargıtay, 2018 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat yükümlüsü olmadığına, keza üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı haksız fiil işlemiş sayılamayacağına, üçüncü kişiye aldatılan eşin kişilik hakkının ihlâlinden kaynaklanan bir sorumluluk yüklenemeyeceğine, aldatılan eşin yansıma zararından da söz edilemeyeceğine ve TBK. 49/II hükmünün dahi üçüncü kişinin manevi tazminata mahkûm edilmesine dayanak olamayacağına karar vermiştir. Kanaatimizce, söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı son derece isabetsizdir. Üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat ile yükümlü olmadığı çok açıktır. Ancak aldatılan eşin şeref ve haysiyete ilişkin hakkının, TBK. 24 ve 25 anlamında kişilik haklarına dahil olduğu şüphesizdir. Üçüncü kişinin, evli olduğunu bildiği bir kişiyle cinsel birliktelik kurmasının, aldatılan eşin şeref ve haysiyetine ilişkin hakkını, aslında mutlak hakkını ihlal etmiş olması olayların büyük çoğunluğunda söz konusu olacaktır. Evlilik kurumu, bizim toplumumuzda, eşlere toplum içinde özel bir statü vermekte ve dolayısıyla sorumluluklar yüklemektedir. Söz konusu sorumluluklara aykırı hareket etmek, eşleri toplum içinde güç duruma düşüren ve onların manevi dünyasını yıkan niteliklere bürünebilir. Evlilik birliğinin sağladığı statü, eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilmelidir. Bir kimsenin eşi ile, onun evli olduğunu bilerek cinsel ilişki kuran üçüncü kişi, doğrudan doğruya aldatılan eşin kişilik hakkına saldırmış olur. Dolayısıyla burada, yansıma zararı değil, bizzat aldatılan

* Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 15.03.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 20.07.2022. Onaylanma Tarihi: 20.07.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9757-258X

Esere Atf Şekli: Abdülkadir Arpacı, "Evlilik Durumunu Bildiği Halde Evli Bir Kimse İle Cinsel İlişki Kuran Üçüncü Kişi Tazminat Sorumlusu Olur Mu?", YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.27-41.

eşin şahsında oluşan manevi zarar söz konusudur. Kanaatimizce, bahsi geçen karar, başka bir içtihadı birleştirme kararı ile yürürlükten kaldırılmalıdır.

Anahtar sözcükler: Öteki kadın veya öteki erkek tazminatı, aldatılan eşin üçüncü kişiden tazminat istemi, aldatılan eşin kişilik hakkı

ABSTRACT

Turkish Supreme Court, in its 2018 decision of the joint chambers, has ruled that the third person is not obliged to be loyal to the spouse, and the third person shall not be deemed to have committed a tortious act against the deceived spouse, that the third person cannot be held responsible for the violation of the personality rights of the deceived spouse, and the compensation by way of reflection shall not be at stake and that even Art. 49/II of the Turkish Code of Obligation shall not be a basis for the third party to be condemned to moral damages. In our opinion, aforesaid decision of the joint chambers is highly inaccurate. It is quite obvious that the third person is not obliged to be loyal to the deceived spouse and the loyalty obligation belongs only to the spouse. However, there is no doubt that the deceived spouse's right to honour and dignity is included in the personal rights in terms of Art. 24 and 25 of the Turkish Code of Obligations. It will be the case in the vast majority of cases that the third person's sexual intercourse with a person whom he or she knows to be married violates the deceived spouse's right to honour and dignity, in fact, his or her absolute right. The institution of marriage, in our society, gives spouses a particular status in society and therefore imposes some responsibilities. Acting against the concerned responsibilities may put the spouses in difficult positions in the society and even destroy their spiritual world. The status provided by the marriage institution should be accepted as part of the personality rights of the spouses. A third person who has sexual relations with someone's spouse knowing that he or she is married directly attacks the personality of the spouse. Therefore, the issue here is not the compensation by way of reflection, but the moral damages inflicted on the deceived spouse himself or herself. In our opinion, concerned decision of the joint chambers shall be revoked with another decision of the joint chambers.

Keywords: *the other woman or man compensation, deceived spouse's claim for damages from the third person, personal rights of the deceived spouse*

I. Konunun Önemi

Mevzuat üretirken ve keza hukukî problemlere çözüm bulma çabası harcarken, “zaman ve zemin” kriterinin son derece önemli olduğu açıktır. Bunun gibi, dışarıdan kanun ithal ederken de söz konusu kriter aslâ gözardı edilemez. Aksi takdirde, halk ile mevzuat ve giderek hukuk düzeni barışık olamaz. Şâyet, halk ile hukuk arasında anlaşmazlık çıkarsa, bundan hem halk hem de hukuk zarar görür. Şu halde, başka ülkelerin kanun ve uygulamaları, keza yabancı mahkeme kararları, sırf bunlar “yabancı etiketli” oldukları için “sorgusuz sualsiz” benimsenirse, hukuka saygı açısından çok büyük sorunlar yaşanması kaçınılmaz olur. Her toplumun, kendine özgü hak, adalet ve ahlâk anlayışı vardır. Örf ve adetler, kabul tarzları her ülkede az veya çok değişiklik arzeder.

Meselâ, ülkemiz insanının başkalarının eşe veya kardeşe bakış tarzını bile hassasiyetle takip ettiğine, eşe veya anneye, kız kardeşe söylenen ve ağır olmayan bir sözü dahi önemli mesele saydığına şahit olurken, aynı davranış biçimlerinin birçok batı ülkesinde sıradan olaylar olarak karşılandığını görebilmekteyiz. Hatta, insanımızın son derece ağır karşıladığı bir sözün, anılan toplumlarda kolayca tolere edilebildiğini söylemeye bile gerek olmadığı orta yeredir. Elbette, bazı davranışlar her zaman ve her yerde kötü karşılanır. Bununla beraber, yukarıda varılan sonuçları doğrulayan çok örnek de vardır.

Görülüyor ki, hukuk kuralları, meselâ fizik kurallarının aksine, her zaman evrensel değildir. Hukukun, temel evrensel prensiplerden kayıtsız olduğu elbette aslâ söylenemeyecektir. Evrensel prensiplere dayanmayan pozitif hukuk düzenlemeleri elbette şiddetle eleştirilmelidir. Bu kabil kurallar kesinlikle doğru olmaz. Ancak, hukuk kurallarının ve hukukî içtihatların yukarıda açıklanmaya çalışılan yerel (lokal) olma özelliğine uyması gerektiği de ortadadır. Önemli olan, uygun ve âdil dengeyi, “altın orta”yı bulmaktır. Meseleye bu açıdan bakınca, YİBBGK’nun 06.07.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı kararını ele almak gerektiği sonucuna varılacaktır. Zira, Yüksek Mahkeme’nin bu kararında, evli bir kimse ile ve onun evli olduğunu bilerek cinsel ilişki kuran kişinin tazminat borçlusu olamayacağı kanaatine varılmak suretiyle son derece isabetsiz bir sonuca ulaşılmış, böylece, toplumu, onun konuya ilişkin telâkileri açısından çok yakından ilgilendiren bir konuda hararetli tartışmaların yaşanmasına yol açılmıştır. Biz de, bu önemli konuya kayıtsız kalmayı doğru bulmadığımız için, konuya ilişkin kararı, bu kararın gerekçelerini ve sonuçlarını ele almak istemiş bulunuyoruz.

Konu, görüldüğü üzere, son derece önemlidir.

II. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü ve Bu Görüşün Bütün Yönleriyle Sorgulanması

Yargıtay'ın yukarıda gösterilen İçtihadı Birleştirme Kararı¹, işaret edildiği üzere, konu bakımından son derece yanlış bir sonuca varmış bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin oy çokluğu ile alınan bu kararının "I GİRİŞ", "II KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER", "III BİLİMSEL GÖRÜŞLER" başlıklı kısımlarında, bizce, önemli bölümleri itibariyle lüzumundan fazla sayılması gereken ayrıntılı bilgi ve tespitlere yer verilmiştir. Biz, bu çalışmada söz konusu kısımların naklinde yarar görmemekteyiz. Zira, ihtiyaç olduğu takdirde, ilgili kitap ve kayıtlara bakılmak suretiyle bunlara kolayca erişilebilir. Buna karşılık, kararın "IV GEREKÇE" başlıklı kısmını, gerektiği zaman yukarıda anılan öteki kısımlara da atıf yapılmak suretiyle incelememiz şarttır.

Çalışma konumuzu teşkil eden İçtihadı Birleştirme Kararının "V SONUÇ" başlıklı kısmı (hüküm fıkrası) aynen şöyledir:

"Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler, yargısal ve bilimsel içtihatlarla bu çerçevede yapılan değerlendirmeler sonucunda (evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağı) yönünde 06.07.2018 günü üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verilmiştir".

Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme, böyle bir olayda manevi tazminat talebi şartlarının oluşmadığı sonucuna varmıştır.

Bu kararın gerekçelerini; karar metninin "IV GEREKÇE" başlıklı kısmından özet çıkarmak suretiyle şu şekilde tespit edebiliriz:

a) Medeni Kanun'un 185. maddesinde söz konusu edilen sadakat yükümlülüğü sadece eşler arasında mevcuttur (TMK. 185/III). Sadakat yükümlülüğüne uymayı isteme hakkı, nisbi bir hak olduğundan, bu hakkı ancak eşler birbirlerine karşı ileri sürebilirler. Sadakat yükümlülüğüne aykırılık şeklindeki davranış tarzına çeşitli yaptırımlar bağlandığı görülmektedir. Bunlardan biri de, TMK. 174/II hükmünde kendini göstermektedir. Buna göre, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf (eş), diğerinden manevi tazminat isteyebilecektir. Bu madde gereğince, manevi tazminat, sadece kusurlu olan eşten ve ancak boşanma davası ile birlikte istenebilecektir. Bir kimsenin eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı şeklinde herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir kişilik hakkı yasalarda yer almamaktadır. Bu

¹ 06.07.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı www.resmigazete.gov.tr 10 Mayıs 2020; Lexpera, 10.04.2020.
YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)

nedenle, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin aldatılan eşin mutlak hakkını ihlâl etmesi söz konusu değildir. Evlilik birliğinin tarafı olmayan ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğü bulunmayan üçüncü kişinin eşler arasındaki evlilik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklere uyma zorunluluğu yoktur.

b) Meseleye haksız fiil açısından bakılınca da, evli bir kişiyle evli olduğunu bilerek birlikte olan kişinin sorumlu olmayacağı anlaşılmaktadır. Zira, zina suç olmaktan çıkarıldığı gibi, medeni hukuk alanında da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu durumda hukuka aykırılıktan söz edilemez. Hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için, bir özel koruma normunun veya mutlak bir hakkın ihlâl edilmesi gerekmektedir.

c) Bu konuda, TMK. 24 ve 25 hükümlerinde düzenlenen kişilik hakkı noktası da ele alınmalıdır. Evlilik birliğinin sağladığı statü eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyecektir. Evlilikte, ilgili kurallara her aykırılık diğer eşin kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilemez. Burada, TMK. 174 hükmündeki şartlar aranmalıdır. Evli bir kimsenin, eşi tarafından sadakatsizliğe uğratılmaması gibi temel koruma normu bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin sadakat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin evli eşle birlikte olması diğer eşin kişilik haklarına saldırı teşkil etmeyecektir.

d) Ölüm ve ağır bedensel zarar dışında başkaca kişilik hakkına saldırı nedeniyle yansıma yoluyla zarar tazminine kanun (TBK. 56/II) izin vermemiştir. Hukuka aykırılık bağı bulunmaması nedeniyle, hiç kimsenin, bir başkasının onur ve saygınlığına, özel hayatının gizliliğine veya sırlarına yönelik bir saldırıdan dolayı yansıma yoluyla manevi zarar gördüğü iddiasıyla manevi tazminat istemesine imkân bulunmamaktadır. Eylem doğrudan kendisine yöneltilmeyen kişi, bu eylemden dolayı yansıma zararlarının tazminini isteyemez. Bunu mümkün kılan açık bir düzenleme yoktur.

Esasen, aldatılan eşin yansıma zararından da bahsedilemez. Zira, üçüncü kişinin, cinsel birliktelik yaşadığı eşe karşı da hukuka aykırı bir fiili söz konusu değildir. Zina eden eşin hukuki bir zararı bulunmadığı için, aldatılan eşin de yansıma zararından söz edilemeyecektir. Diğer eşin, üçüncü kişinin fiili yüzünden apaçık bir manevi zarara uğradığı kabul edilse dahi, bu zararların giderilmesi için bu yönde açık bir düzenleme gerekmektedir.

e) TBK. 49/II hükmünün uygulanabilmesi için, evli bir kimseyle birlikte olan üçüncü kişinin, birlikte olduğu kişinin evlilik durumunu bilmesi yetmeyecek, ahlâka aykırı fiili kasten zarar verme amacıyla işlemesi de gerekecektir. Evli olduğunu bildikleri bir kişiyle ilişkiye giren tüm

üçüncü kişilerin aldatılan eşe zarar vermeyi bilerek ve isteyerek hareket ettiklerine dair bir ön kabul yerinde değildir. Evli olduğunu bildiği bir kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişi, aldatılan eşin zarara uğrayacağını biliyor ve doğrudan doğruya bu sonucun gerçekleşmesini istememekle birlikte, gerçekleşmesini göze alıyorsa, ihtimali kastla hareket etmiş kabul edilecektir.

f) Konuya ilişkin olarak, müteselsil sorumluluk meselesini de ele almak gerekmektedir. TBK. 61'de düzenlenen müteselsil sorumluluğun uygulanabilmesi için, aldatan eşten başka, üçüncü kişinin de hukuka (veya ahlâka) aykırı fiil ile zarar vermesi aranacaktır. Konumuz açısından üçüncü kişinin fiili haksız fiil olarak nitelendirilemez. Bu kişinin, yalnızca aldatma fiiline iştirâk etmesi nedeniyle aldatan eşle birlikte müteselsilen sorumlu tutulması mümkün olmaz.

g) Buna karşılık, üçüncü kişinin eylemi, sadakatsizlik olgusundan farklı olarak bağımsız ve özel nitelikli bir kişilik hakkı ihlali durumunda ise, tazminat sorumluluğu doğacaktır. Meselâ, aldatma eylemiyle bağlantılı olarak aldatılan eşin konut dokunulmazlığı ihlâl edilmişse, onun özel yaşamına müdahale edilmişse veya ona ait sır alana girilmişse, bazı özel bilgiler ifşa edilmişse, üçüncü kişi tarafından kullanılan söz ve ifadeler aldatılan eş bakımından onur ve saygınlığı zedelemişse hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği şüphesizdir.

h) Şu hale göre, gerçekleştirilen başkaca bir kişilik hakkı ihlâli bulunmadıkça, sadece evli bir kişiyle birlikte olmak şeklindeki eyleminden dolayı, üçüncü kişi, aldatılan eşe karşı manevi tazminat sorumlusu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, yukarıya aldığımız kararını, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat yükümlüsü olmadığı, üçüncü kişi tarafından haksız fiil de işlenmiş sayılamayacağı, üçüncü kişiye kişilik hakkını ihlâlden dolayı da sorumluluk yüklenemeyeceği; burada, aldatılan eşin yansıma zararından da söz edilemeyeceği ve TBK. 49/II hükmünün dahi üçüncü kişinin manevi tazminata mahkûm edilmesinin hukukî mesnedi olamayacağı, zira bu hükmün tatbiki için aldatılan eşe zarar verme kasdının aranacağı gerekçelerine dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme, aynı gerekçelerle, aldatan eşle ilişkiye giren üçüncü kişinin eşle birlikte müteselsil sorumluluğunun dahi bulunmadığını belirtmiştir.

Hemen ifade edelim ki, söz konusu gerekçelerden hiç biri, aldatan eş ile cinsel ilişkiye giren ve evlilik durumunu bilerek bu fiili işleyen üçüncü kişinin (öteki kadın veya öteki erkeğin) manevi tazminat sorumlusu olmadığı yönündeki İçtihadı Birleştirme Kararının hukuka uygun ve isabetli

olduğunu göstermeye yetmeyecektir. Bu gerekçeleri birer birer ele almamız gerekiyor.

a. Üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı sadakat yükümlüsü olmadığı gerekçesi.

Hemen belirtelim ki, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı sadakat ile yükümlü olmadığı çok açıktır. Bu kadar açık olan bir durumun üzerinde durmaya asla gerek yoktur. Gerçekten, üçüncü kişi, aldatılan eş ile evli değildir ki, onun sadakat yükümünden söz edilebilsin. Görülüyor ki, Yargıtay'ın bu gerekçesi, inceleme konumuzu oluşturan karar açısından üzerinde durulmayı hak etmemektedir.

b. Üçüncü kişinin, haksız fiil işlemiş sayılmayacağı gerekçesi.

Yukarıda nakledildiği üzere, Yüksek Mahkeme, zinanın suç olmaktan çıkarıldığını, medeni hukuk anlamında da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmadığını ileri sürerek somut olayda hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. Yargıtay, hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için, bir özel koruma normunun veya mutlak bir hakkın ihlal edilmesi gerektiğini de belirtmiştir.

Bu gerekçesinin de yerinde olmadığı hemen söylenmelidir. Bir kimsenin evli olduğunu bilerek onunla cinsel birleşme eylemini işlemek, kesinlikle hukuka aykırıdır. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu gerekçesinde yokluğunu öne sürdüğü hukuk kuralı ve mutlak hakkın ihlali olguları, bu görüşün tam aksine, karara konu teşkil eden somut olay bakımından mevcut bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, kişilerin şeref ve haysiyetleri, toplum içindeki pozisyonları, onların kişilik hakkı cümlesindedir. Öte yandan, kişilik hakkının ihlal edilmemesi gerektiğini bildiren hukuk kuralı da, hukuk sistemimizde mevcut bulunmaktadır. Gerçekten, özellikle TMK. 24/I ve TBK. 58/I hükümleri burada hemen zikredilmelidir. Yargıtay, evli bir kimseyle birlikte olmayı yasaklayan ve medeni hukuk alanında mevcut olan bir hukuk kuralı bulunmadığını ifade etmekte ise de, kanunların kazuistik yöntemle sevkedilmelerinin modası çoktan geçmiştir. Diğer bir deyişle, biraz önce gösterilen hükümler (hukuk kuralları), kişilik hakkının “her türlü” ihlalini kapsayan yasal düzenlemelerdir. Şeref ve haysiyetin somut bir olayda ihlal edilip edilmediğinin tespiti bakımından, toplumun ahlaki ve manevi değer yargılarının önemli bir kriter olduğu da şüphesizdir². Şeref ve haysiyetin, kişiye toplum tarafından objektif değerlendirme sonucu verilen

² A. Arpacı, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*, İstanbul 1993, s. 127.

kıymetlerin toplamı olduğu gerçeği³ varılan bu sonucun gerekçesidir. Ayrıca, herkesin, insan olmak hasebiyle, doğuştan sahip olduğu şeref ve haysiyet de burada anılmalıdır⁴. Şu hâlde, şeref ve haysiyetin, birden fazla kaynağı mevcuttur⁵.

Görüldüğü üzere, şeref ve haysiyet, çoğu kez, zaman ve zemine göre şekil alabilen, yani nisbi bir nitelik taşıyan kavram olsa da, kişilik hakkı değerlerindedir⁶. Diğer yandan, belirtildiği üzere, kişilik hakkı kanun tarafından korunmuş olduğundan, son tahlilde, şeref ve haysiyetin ihlali de yasaklanmıştır. Kanunun, bu ihlal eylemine manevi tazminat yaptırımını bağladığını dahi görmekteyiz (TMK. 25/III; TBK. 58/I).

Bundan başka, kişilik hakkının, bir başka anlatımla şeref ve haysiyete ilişkin hakkın, mutlak haklardan olduğunda da şüphe yoktur⁷.

Burada, bir kimsenin, evli olduğunu bildiği bir kişiyle cinsel birliktelik kurmasının, aldatılan eşin şeref ve haysiyetine ilişkin hakkını, yani kişilik hakkını ihlal etmiş olup olmayacağı meselesini daha yakından halletmemiz gerekmektedir. Zira, anılan eylem kişilik hakkının ihlali ise, hem konuya ilişkin yasa hükümleri hem de mutlak bir hak çiğnenmiş olacak, dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin ret gerekçesinin de isabetsiz olduğu sonucuna varılacaktır.

Derhal ve önemle ifade etmeliyiz ki, ülkemiz halkı, bir kimsenin eşine söz ile cinsel saldırıda bulunulması karşısında, o kimsenin kayıtsız kalmasını kesinlikle hoş karşılamayacak, hatta söz konusu kimseye çok ağır sıfatlar yakıştıracaktır. Bizdeki bu genel tepkiyi, eleştiresek de eleştirmesek de realite budur. Aynı şekilde, mesela karısına sözle cinsel saldırıda bulunulan bir kimse, bizdeki telakkilere göre, bundan çok büyük elem ve acı duyar. Söz konusu manevi zarar, o kimseyi, çok şiddetli tepki göstermeye de sevkeder. Toplumumuz açısından gerçeğin bu şekilde olduğunu, hiç kimse de inkar edemeyecektir.

Şu hale göre, cinsel eylemin eşine sözle yöneltilmesine bile tahammül etmesi beklenmeyen ve tahammül de edemeyen bir kimse, hem de eşinin evli olduğunu bildiği halde onunla cinsel eylemi fiilen icra eden kişi

³ Arpacı, aynı eser, s. 127 ve orada 110 no.lu dipnotunda gösterilen M. Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1987, s. 135.

⁴ Arpacı, aynı eser, s. 126.

⁵ Arpacı, aynı eser, s. 126-127.

⁶ Arpacı, aynı eser, s. 127.

⁷ Arpacı, aynı eser, s. 100 ve orada 12 no.lu dipnotunda gösterilen J. M. Grossen, Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, Das Recht der Einzelpersonen, Basel und Stuttgart 1967, s. 312; Arpacı aynı eser, s. 126.

karşısında, kişilik hakkına saldırılmış bir insan olarak kabul edilmeyecek midir? Başka bir deyişle, bir kimsenin eşi ile sadece kavlen (söz ile) cinsel ilişkide bulunma kurgusu kişilik hakkına saldırı sayılırken, yani sövme fiili haksız eylem olarak telakki edilirken, bu kavli kurguyu fiilen gerçekleştiren, yani onun eşi ile gerçekten cinsel ilişkide bulunan kişi karşısında hukuk düzeni nasıl ve hangi gerekçeyle kayıtsız kalabilecektir? Ceza hukuku bir tarafa, sövme fiilinin medeni hukuk açısından düpedüz bir haksız fiil olduğu konusunda kanıt göstermek, herhalde bizden beklenemeyecektir.

Görülüyor ki, bir eylemin hayali (kurgusu) ve bunun açığa vurulması haksız fiil (kişilik hakkına saldırı) iken, aynı eylemin gerçekleştirilmesinin masum bir davranış tarzı sayılması, en yaman çelişkilerden biri kabul edilmek gerekmektedir. Şunu da belirtmeliyiz ki, Yüksek Mahkeme'nin incelemekte olduğumuz içtihadı, açıktır ki, söz konusu zina eylemi aleniyete kavuştuğu için mevcuttur. Diğer bir deyişle, şayet anılan eylem sadece iki kişi arasında kalmış olsaydı, zikri geçen Yargıtay görüşü elbette gündemde bulunamazdı. Demek oluyor ki, Yüksek Mahkeme'nin bu kararından, eylemin başkaları tarafından anlaşılması olduğu çıkarımını rahatlıkla yapabilmekteyiz.

Yeri gelmişken şunu da ifade etmekte yarar görmekteyiz: Acaba bir kimsenin eşine sövmek eşe kavli saldırı olacağı ve zinada ise gönüllü birliktelik niteliği bulunacağı için yukarıda verilen örneğe itiraz edilebilecek midir? Derhal belirtelim ki, bu sorunun cevabı olumsuzdur. Gerçekten, toplumumuz, mesela, “senin eşini kandırıp onunla zina yapacağım” sözünü de elbette çok ağır hakaret olarak algılayacaktır. Başka anlatımla, bu kabil söylemler de haksız fiil niteliği taşıyacağından, bu kurguların fiilen tahakkuk etmesi evleviyet ilkesi gereğince aldatılan eşe karşı kişilik hakkı ihlali, yani haksız fiil olacaktır.

Öyleyse, Yargıtay'ın ikinci gerekçesi de, verilen kararın hukuki mesnedi olamayacaktır. Yapılan açıklamalardan anlaşılmalıdır ki, incelemekte olduğumuz ret kararı, ülkemiz şartlarında, hem sübjektif hem de objektif telakki açısından⁸ isabetsizdir.

⁸ Arpacı, aynı eser, s. 146-147 ve 146. Sayfada 200 no.lu dipnotunda gösterilen N. Kocayusufpaşaoğlu, Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.144-145.

c. Evlilik birliğinin sağladığı statünün, eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyeceği, evli kimsenin eşi tarafından sadakatsizliğe uğratılmaması gibi temel koruma normunun bulunmadığı gerekçesi.

Bir kere, bu görüşün yanlışlığının son derece açık olduğunu hemen söylemek gerekiyor. Zira, evlilik birliği kurulunca, Yüksek Mahkeme'nin görüşünün aksine, eşlerin yekdiğerine karşı sadık olma yükümü vardır. Bu husus, kanun tarafından hiçbir tereddütte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde şöyle vurgulanmıştır: “Eşler (...) birbirine sadık kalmak (...) zorundadırlar (TMK. 185/III). Bu hüküm, eşlerin sadakat yükümünün bulunduğuna dair koruma normundan başka bir şey değildir. Şayet bu düzenlemeyi “koruma normu” olarak kabul etmezsek, normu yaptırımsız bırakmak gibi yanlış bir yorum yapmış oluruz. Bilindiği gibi, hukuk kuralları, yaptırımsız olamazlar. Sadece, “düzen kuralı” denilen bazı kuralların yaptırımı yoktur ki, bu sonuca da, ilgili kuralın sözünden veya amacından hareket edilerek ulaşılabilir. Burada ise, aile birliğinin devamı gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren bir konu ile karşı karşıyayız. O halde, eşlerin yekdiğerine sadakatle davranma yükümünün yaptırımsız olması düşünülemez. Nitekim, Yargıtay da, incelemekte olduğumuz kararında, sadakat yükümüne aykırılığın yaptırımını gösteren TMK. 174 hükmüne atıf yapma gerekliliğini hissetmiş bulunmaktadır. Bu hüküm, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat isteyebileceğini belirtmektedir (TMK. 174/III). Yargıtay, ancak bu hükümdeki şartların varlığı halindedir ki, evlilikle ilgili kurallara aykırılığa yaptırım bağlanabileceğini belirtmektedir. Oysa, bu düşünce tarzında da isabet yoktur. Gerçekten, TMK. 174/II hükmü, meseleyi kendi konusu olan boşanma açısından ele almakla yetinmiş, boşanma olgusu dışında kalan ihtimallerde de manevi tazminatın söz konusu olmasını engellememiştir. Hükmün sevk amacının, eşlerin, boşanma söz konusu değilse, birbirlerini küçük düşürecek her türlü sadakatsizliği yapmakta serbestliğe sahip bulduklarını ifade etmek olamayacağı çok açıktır. Eşlerin boşanma yoluna başvurmamış olmaları veya açtıkları boşanma davasının yanlış bir kararla reddedilmiş bulunması, sadık kalmama eyleminin ödülü olarak da düşünülemez.

Esasen, TMK. 174/II hükmü mevcut olmasaydı bile, TMK. 24/I ve TBK. 58/I hükümleri sayesinde, eşinin kişilik hakkına saldıran kusurlu eşin manevi tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği orta yerdedir. Çünkü, kişilik hakkını bu koruyan hükümler, konuya ilişkin genel ve temel

düzenlemelerdir. Öte yandan, bu hükümlerin, boşanma gibi bir şart getirmediği de açıktır.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan eş, saldırıda bulunan eşine karşı çeşitli özel sebeplerle boşanma davası açmak istemeyebilecektir. Bu davranış biçimi mihaniki olarak, her olayda, manevi tazminat talebi hakkından feragat edildiği şeklinde yorumlanamaz. Her somut olayın özelliğine bakılarak hukuki tavır alınmalıdır. Kaldı ki, incelemekte olduğumuz olayda, manevi tazminat davasının muhatabı, eşin ihanetine ortak olan üçüncü kişidir. O halde, bu olayda boşanma sorunu da söz konusu olamaz.

Yukarıda değinildiği üzere, Yargıtay, evlilik birliği statüsünün eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyeceği gerekçesini de öne sürmektedir ki, bu gerekçeyi kabul etmek dahi, hukuken mümkün görülemez. Yukarıda ilgili yerlerde açıklandığı üzere, bir kimsenin eşi ile “kavlen” cinsel ilişkide bulunan (yani, eşe söven) kişiye yaptırım uygulamasına karşılık, cinsel ilişkiyi fiilen gerçekleştiren kişiye de adeta “eline sağlık” dercesine bu konuda sessiz kalan bir hukuk düzeni düşünülememelidir. Yine yukarıda izah edildiği üzere, kişilik hakkı kavramı, toplumların değer yargıları ile yakından ilgilidir. Konuya, doğru olan bu açılardan bakınca, evlilik statüsünün eşlerin kişilik haklarının parçası olduğu hemen anlaşılacaktır. Yüksek Mahkeme’ye bu hususta katılmayı mümkün görmemekteyiz. Hele hele, inceleme konumuzu oluşturan İçtihadı Birleştirme Kararı, toplumumuz açısından hiç isabetli görülemeyecektir.

d. Ölüm ve ağır bedensel zarar dışında başkaca kişilik hakkına saldırı nedeniyle yansıma yoluyla zarar tazminine kanunun izin vermediği gerekçesi.

Bu gerekçenin de isabetli olmadığı orta yerdedir. Yargıtay, bu gerekçesini TBK. 56/II hükmüne dayandırmıştır. Önemle ifade edilmelidir ki, somut olayda aldatılan eşin zararı, yansıma zararı niteliğinde değildir. Bu zarar, yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da kolayca anlaşılacağı üzere, bizzat aldatılan eşin şahsında oluşan manevi zarardır. Bir kimsenin eşi ile, onun evli olduğunu bilerek cinsel ilişki kuran üçüncü kişi, doğrudan doğruya aldatılan eşin kişilik hakkına saldırmıştır. Burada, doğrudan zarar ile yansıma zararı yekdiğerine karıştırılmamalıdır.

Yargıtay, aldatan eşin de zarara uğramadığını belirtmiş, böylece, orta yerde bir zarar olmadığı için bunun yansımasının da olamayacağını ispatlamaya çalışmıştır. Ne var ki, açıklandığı üzere, üçüncü kişiye karşı açılan manevi tazminat davası, bu gibi hallerde yansıma zararı ile asla ilgili değildir. Yargıtay’ın, söz konusu gerekçesindeki hukuka aykırılık bağı

yokluğu argümanı da bu olayda verilen kararın mesnedi olamaz. Konunun hukuka aykırılık bağı ile ilgisi yoktur.

Yüksek Mahkeme, hukuka aykırılık bağından hareketle, mesela özel hayatın gizliliğinin ihlâli, onur ve saygınlığın keza ihlâl edilmesi gibi hallerde de yansıma zararının giderilmesinin istenemeyeceğini, zira bunu mümkün kılan açık bir düzenleme bulunmadığını gerekçesinde dile getirmiştir. Yeniden ve önemle vurgulayalım ki, incelemekte olduğumuz olay bakımından yansıma zararı değil, ama, doğrudan doğruya aldatılan eşe yönelen haksız fiil (kişilik hakkının ihlâli eylemi) nedeniyle oluşan manevi zarar söz konusudur.

e. TBK m. 49/II hükmünün tatbiki için, üçüncü kişinin, birlikte olduğu kimsenin evli olduğunu bilmesinin yeterli olmayacağı, ayrıca aldatılan eşe zarar verme kastının bulunması gerektiği gerekçesi.

Ele aldığımız olayda TBK. 49/II hükmü değil, TMK. 24/I ve TBK. 58/I hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay, aldatan eş ile birlikte olan üçüncü kişinin aldatılan eşe yönelen bir haksız fiil işlediğini kabul etmediği için, sorumluluk bakımından yegâne akla gelebilen düzenleme olarak TBK. 49/II'yi söz konusu etmiş ve bu hükmün uygulama şartlarından olan kast unsurunun bulunmadığını belirtmiştir.

Söylemek isteriz ki, bir kimsenin evli olduğunu bilerek onunla cinsel ilişki kurmak, en azından ülkemiz toplumunun anlayışına göre ahlâka aykırıdır. Öte yandan, Yargıtay'ın mutlak ve kesin olarak ifade ettiğinin aksine, şayet işlenen ahlâka aykırı fiil, hakkaniyet duygusunu aşırı ölçüde rencide ediyorsa, TBK. 49/II hükmünün uygulanması için ihtimali kast dahi yeterli olacaktır⁹. Kaldı ki, belirtildiği üzere, burada başvurulması gereken hükümler, TMK. 24/I ve TBK. 58/I'dir.

Şunu önemle ve yeniden belirtmek isteriz ki, hukukumuzda, kişilik hakları birer birer sayılmış değildir. Gerçi, bazı özel kişilik hakları gösterilmiş olabilir. Ne var ki, işaret edildiği üzere, Medeni Kanunumuz, birer birer sayma yoluna gitmemiş, çerçeve hükümler getirmeyi tercih etmiştir¹⁰. Hukukumuzda, kişilik hakları konusunda kanunun çizdiği çerçevenin içini hâkim dolduracaktır¹¹. Bu yöntemin daha doğru olduğuna yukarıda işaret edilmişti. İşte, Yüksek Mahkeme, incelemekte olduğumuz ve bizce isabetsiz olan kararı verirken, muhtemelen bu hususu sehven gözden

⁹ M.K. Oğuzman/M.T. Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt:II, İstanbul 2016, s.67, dpn.180 ve s.66 dpn. 173'te gösterilen eserler; keza s. 67'de zikri geçen Yargıtay kararı.

¹⁰ Arpacı, anılan eser, s.101.

¹¹ Arpacı, aynı eser, s.101.

kaçırmıştır. Bu itibarla, evlilik statüsünün de, evli kişilerin kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.

f. Aldatan eşle üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı müteselsilen sorumlu olacağıın kabul edilemeyeceği gerekçesi.

Yüksek Mahkeme, üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı haksız fiil işlemiş sayılamayacağı, onun, sadece aldatma fiiline iştirak etmesinin müteselsil sorumluluğa sebep olamayacağı görüşünü savunmuştur.

Yargıtay'ın bu gerekçesi de, diğerleri gibi son derece isabetsizdir. Zira, yukarıdan beri gerekçeleriyle birlikte açıklandığı üzere, üçüncü kişinin inceleme konumuzunu teşkil eden eylemi, kesinlikle aldatılan eşin kişilik hakkına haksız saldırı niteliğini taşımaktadır. Öte yandan, aldatan eş dahi, aldatıldığı eşine karşı kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla haksız fiil işlemiş durumdadır. Bu eş, ayrıca, evlilik sözleşmesini de ihlâl etmiş durumdadır. Hal böyle olunca, üçüncü kişi ile aldatan eşin, aldatılan eşe karşı müteselsilen sorumlu oldukları noktasında tereddüte asla yer yoktur (TBK. 61). Aldatan eşin ve bu fiile evlilik durumunu bilerek iştirak eden üçüncü kişinin, müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmemek, hem hukuk tekniği hem de menfaatler durumu ölçüğünde hiçbir gerekçeyle mümkün görülemez.

g. Üçüncü kişinin eylemi, sadakatsizlik olgusundan farklı olarak, mesela konut dokunulmazlığını ihlâl, sırrın ifşası gibi özel nitelikli bir kişilik hakkı ihlâli durumunda ise, bu bağımsız ihlâllerin tazminat sorumluluğunu doğuracağı gerekçesi.

Bu gerekçeye, aslında gerek olmadığı hemen söylenmelidir. Çünkü, gerekçede gösterilen örneklerin haksız fiil olduğu hususu son derece açıktır. Öte yandan, üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı sadakat ile yükümlü olmadığı da bilinen bir şeydir.

h. Yargıtay'ın bu son gerekçesi de, özetle, şu şekildedir: Gerçekleştirilen başkaca bir kişilik hakkı ihlâli bulunmadıkça, sadece evli bir kişiyle birlikte olmak şeklindeki fiil, fiili işleyen üçüncü kişiyi aldatılan eşe karşı tazminat sorumlusu kılmayacaktır.

Belirtelim ki, yukarıdaki gerekçelerden bu son gerekçenin de yeni bir hukuki sebebin ifadesi olmadığı anlaşılmaktadır.

Görülüyor ki, incelemekte olduğumuz kararın bütün gerekçeleri, kararın hukuki dayanağı olmaktan uzaktır. Evli olduğunu bilerek bir kimse ile cinsel ilişki kurmak, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, aldatılan eşin kişilik hakkına haksız saldırıdır. Ayrıca, önemle ifade edelim ki, aldatılan eşin konuya ilişkin zararı yansıma zararı da değildir. Burada, bizzat aldatılan eşe karşı

haksız fiil işlenmiştir. Bu fiilden dolayı, aldatılan eş, doğrudan doğruya TBK. 58/I hükmüne dayanarak manevi tazminat isteyebilecektir. Bu hususta TMK. 24-25 hükümlerini de zikretmek gerekiyor. Şu halde, aldatılan eşin manevi tazminat talebi bakımından TBK. 49/II hükmünün şartları da aranmayacaktır. Bundan başka, zinanın suç olmaktan çıkarılmasının dahi, Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararının gerekçesi olamayacağı orta yerdedir. Oysa, ilgili kararın gerekçeleri arasında, yukarıda değinildiği üzere, zinanın suç olmaktan çıkarılması da gösterilmiştir. Açıktır ki, bir eylemin suç olmaması, onun haksız fiil olmadığını göstermez. Şu da var ki, haksız fiilin kusur unsurunun gerçekleşmiş olması için kastın türü önem taşımadığı gibi, kast niteliğinde bulunmayan kusurlar da, yani hafif olsa bile ihmal de yeterlidir. Demek oluyor ki, ele aldığımız İçtihadı Birleştirme Kararı isabetli değildir.

III. Görüşümüz

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, YİBBGK.'nun 06.07.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı ve oy çokluğu ile alınmış kararı isabetsizdir. Bu isabetsizlik, hem hukuk tekniği hem de hakkaniyet ilkesi ve menfaatler durumu bakımından son derece barizdir.

Bir kimsenin evli olduğunu bilerek onunla cinsel ilişkiye giren üçüncü kişi, bu çirkin ve hem hukuka hem de toplumumuzun haklı ahlâk anlayışına aykırı eylem dolayısıyla, bu eylem ortaya çıkınca aldatılan eşin nasıl bir manevi yıkıntıya uğrayacağını ve toplum içinde ne kadar ağır bir kişilik eksilmesi ile karşı karşıya kalacağını, giderek ilgili yuvanın yıkılacağını ve varsa çocukların da akıl almaz zararlar göreceğini bilmektedir ve bunu istemese de göze almaktadır. “Evlilik statüsünün eşlerin kişilik haklarının parçası olarak kabul edilemeyeceği” gibi isabetsiz gerekçelerle, eşlerin yekdiğerine ihanetleri hukuken asla tolere edilemez. Anılan gerekçenin tam aksine, bir eşin ihaneti, aldatılanın kişilik hakkına hukuka aykırı ve ağır bir saldırıdır. Bunun tersi yöndeki fikirler, kesinlikle “kişilik hakkı teorisine” aykırı düşer. Yukarıda ilgili yerlerde belirtildiği üzere, hukukumuzda kişilik hakları birer birer sayılmış değildir. Kişinin ister doğuştan, isterse toplum tarafından kazandırılan türden olsun her türlü kişilik değerleri hukuki koruma altındadır. Evlilik kurumu, özellikle bizde ve bize benzeyen toplumlarda, eşlere toplum içinde özel bir statü vermektedir. Bu statünün eşlere yüklediği sorumluluklar mevcuttur ve bunlara aykırı hareket, bazen aile dışına yansıyan ve giderek eşleri toplum içinde güç duruma düşüren ve onların manevi dünyasını yıkan niteliklere bürünür. İşte, evli biriyle onun evli olduğunu bildiği halde cinsel ilişkiye (ve hatta her türlü cinsel

birlikteliğe) giren kimse de, aldatılan eşin kişilik hakkına saldırmış olacaktır. Bu sonuca varılması için kanunda anılan ilişkiyi yasaklayan açık bir hüküm bulunması da, Yargıtay'ın ele aldığımız kararının gerekçesinde ileri sürüldüğünün aksine, kesinlikle gerekli değildir.

Eleştirdiğimiz kararın, hukukumuz açısından çelişkili sonuçlar doğuracağını gösteren ve yukarıda sergilenen örnekleri, burada tekrar etmeyi gereksiz bulmaktayız.

Sonuç olarak söylemeliyiz ki, söz konusu karar, bir an önce, başka bir içtihadı birleştirme kararı ile yürürlükten kaldırılmalıdır. Bu hususta yasal düzenlemeye gidilmesi de elbette mümkündür. Ancak, biz, yasal müdahale yerine, yargısal müdahalenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

ARPACI, A., *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*, İstanbul 1993

DURAL, M., *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1987

GROSSEN, J. M., *Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, Das Recht der Einzelpersonen*, Basel und Stuttgart 1967

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., *Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*, İstanbul 1980

OĞUZMAN, M.K., ÖZ, M.T., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt: II, İstanbul 2016

*** SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA AÇIĞA SATIŞ
İŞLEMLERİNİN VE AÇIĞA SATIŞ İŞLEMLERİNDEKİ
SINIRLAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**
(EVALUATION OF SHORT SALES AND LIMITATIONS ON SHORT SALES IN
CAPITAL MARKETS LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Özlem Ata Polat * **

ÖZ

Açığa satış işlemi, finansal kriz anlarında ilk yasaklanan ya da sınırlandırılan sermaye piyasası işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sermaye piyasasında fiyatları aşağı çektiği ve piyasa dolandırıcılığına zemin hazırladığı, takas riski taşıdığı ve sistemik riski tetiklediği gerekçeleriyle sakıncalı bulunmaktadır. Öte yandan, bu işlemlerin sermaye piyasası araçlarının gerçek değeri hakkında piyasaya bilgi akışı sağlayarak fiyat etkinliğini temin etmesi ve piyasadaki likiditeyi artırması gibi yararlarının olduğu da bilinmektedir. Bu nedenle açığa satış işlemlerinin tamamen yasaklanması yerine sınırlamalar dâhilinde gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler görülmektedir. Çalışmamızda, açığa satış işleminin türleri, yararları ve sakıncaları, açığa satış işlemlerinde öngörülen sınırlamaların ülkemizdeki mevzuata yansımaları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *açığa satış, karşılığı olan açığa satış, çıplak açığa satış, hesaba rağmen açığa satış, yapay açığa satış, yukarı adım kuralı, açığa satışta teminat yükümlülüğü, açığa satışta şeffaflık*

ABSTRACT

Short selling is the first prohibited or restricted capital market activity in times of financial crisis. It is considered objectionable on the grounds that it lowers prices in the capital market, prepares the ground for market manipulation, carries a settlement risk and triggers systemic risk. On the other hand, it is known that these transactions have benefits such as providing price efficiency and increasing the liquidity in the market by

* Eserin Dergimize geliş tarihi: 16.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 14.03.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 31.03.2022; Onaylanma tarihi: 06.04.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7026-6141.

Esere Atıf Şekli: Özlem Ata Polat, “Sermaye Piyasası Hukukunda Açığa Satış İşlemlerinin ve Açığa Satış İşlemlerindeki Sınırlamaların Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.43-82.

providing information flow to the market about the real value of capital market instruments. For this reason, instead of banning short selling transactions completely, there are regulations to carry out within limitations. In our study, the types, benefits and drawbacks of short selling and the reflections of the limitations foreseen in short selling transactions to the regulation in Turkey are examined.

Keywords: *short selling, covered short selling, naked short selling, short selling against the box, synthetic short selling, uptick rule, margin requirements in short selling, transparency in short selling*

I. Giriş

Açığa satış işlemleri, finansal kriz anlarında önemli ölçüde sınırlandırılan, hatta tamamıyla yasaklanan ilk sermaye piyasası işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, bu işlemlerin, düşen pay fiyatlarındaki aşağı yönlü fiyat baskılarını artırarak finansal krizleri derinleştirdiği ve piyasaları istikrarsızlaştırdığı belirtilir. Açığa satışlar daha önce 2008'deki küresel finansal krizle birlikte sınırlamaya ve bir dizi yeni düzenlemeye tabi tutulmuştur. Son olarak da Şubat-Mart 2020'de koronavirüs pandemisi nedeniyle bu sermaye piyasası işlemine önemli sınırlamalar getirildiği görülmüştür.

Finansal krizlerde sıkça adını duyduğumuz açığa satış işlemleri, dünya çapında nam salmış sermaye piyasası skandallarında da sıkça karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Şubat 2021'de Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde meydana gelen ve sosyal medyada örgütlenerek açığa satış yatırımcılarının sıkıştırılması sonucu bu yatırımcıların önemli miktarlarda zarar etmesine sebep olan *Gamestop* olayıyla açığa satış işlemi gündem olmuştur. Bunun öncesinde de Haziran 2020'de, Almanya'da meydana gelen ve Almanya'nın en büyük finansal skandallarından biri kabul edilen *Wirecard* skandalında açığa satış işleminden epey söz edilmiştir.

Açığa satış işlemleri, her ne kadar finansal kriz anlarında sınırlandırılan ilk sermaye piyasası işlemlerinden olsa ya da büyük çaplı sermaye piyasası skandallarına konu işlemlerden olsa da yadsınamayacak finansal yararlarının da olduğu bilindiğinden, açığa satışların tamamıyla ve kalıcı olarak yasaklanması yoluna gidilmemektedir¹. Açığa satışları tamamen yasaklamak yerine bu işlemlerin taşıdığı risklerin bertaraf edilmesi için açığa satış işlemlerinin sınırlandırılması, bu işlemlerde katı takas

¹ Açığa satış işleminin tarihçesine ilişkin bkz. Ali İhsan **Karacan**, Sermaye Piyasasında Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri, Krediler ile Teminat Sözleşmeleri, İstanbul 2021, s. 283 vd. *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

yükümlülükleri öngörülmesi ve işlemlerin şeffaflıkla izlenmesi yoluna gidilmektedir². Çalışmamızda, dünya sermaye piyasalarında öngörülen açığa satışlar sınırlamalarının ülkemizdeki açığa satış mevzuatına yansımaları incelenmeye çalışılacaktır. Bunun için öncelikle açığa satış işleminin türleri, yararları ve sakıncaları açıklanmaya çalışılacak, daha sonra açığa satış işlemlerinde öngörülen sınırlamalar mevzuatımızdaki karşılıklarıyla birlikte incelenecektir.

II. Açığa Satış İşlemi

Açığa satış (*short selling/short sale*), ayı piyasası olarak adlandırılan ve karamsar ve uzun süre düşüş beklenen piyasalarda dahi yatırımcıların kâr elde etmelerini sağlayan bir yatırım yöntemidir. Açığa satış yatırımcısı, sermaye piyasası aracının fiyatının ileride düşeceği beklentisiyle portföyünde bulunmayan sermaye piyasası araçlarını ödünç alarak şimdiden satar ve sonradan piyasadan satın alarak ödünç verene iade eder. Uzun pozisyonda yatırımcı bir sermaye piyasası aracının fiyatının ileride yükseleceği inancıyla şimdiden, fiyatlar düşük iken bu araçları satın almayı amaçlarken; kısa pozisyon olarak da ifade edilen açığa satış işleminde yatırımcı, sermaye piyasası aracının ileride fiyatının düşeceği inancıyla hareket etmekte ve şimdiden, fiyatlar yüksekken, portföyünde olmayan sermaye piyasası aracını ödünç alarak satmayı, umduğu şekilde fiyatlar düşünce de düşük fiyattan bu araçları satın alıp ödünç verene teslim etmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla, genel bir ifadeyle, açığa satış yatırımcılarının, sahip olmadıkları sermaye piyasası araçlarını satarak kâr etmeyi amaçladıkları söylenebilir.

III. Açığa Satış Yöntemleri

Açığa satış işlemi farklı yöntemlerle yapılabilir. Aşağıda karşılığı olan açığa satış (*covered short sale*), çıplak açığa satış (*naked short sale*), hesaba rağmen açığa satış (*short sale against the box*) yapay açığa satış (*synthetic short selling*) yöntemleri kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

² Elizabeth **Howell**, “Short Selling Reporting Rules in the EU and the US: A Greenfield Area”, European Company Law Volume 12, Issue 2, 2015, s. 80; Nesrin **Akın**, Sermaye Piyasası Hukukunda Açığa Satış İşlemleri, I. Ticaret Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, Aristo Yayınevi, İstanbul, Mayıs 2021, s. 111.

1. Karşılığı Olan Açığa Satış (*Conventional/Covered Short Selling*)

Klâsik açığa satış olarak da adlandırılan karşılığı olan açığa satış (*conventional/covered short selling*) yöntemi, yatırımcının elinde olmayan sermaye piyasası araçlarını ödünç alması ve cari fiyattan satması, fiyatların düştüğü sonraki bir tarihte ise bu araçları satın alarak ödünç verene iade etmesidir³. Açığa satılacak araçlar, bir aracı kurum ya da kurumsal yatırımcıdan ödünç alınabilir ya da ülkemizdeki gibi ödünç pay piyasasını işleten Takasbank'tan alınabilir. Sermaye piyasası araçlarının bir bedel karşılığında ödünç alındıktan sonra bu araçların açığa satış emri verilir. Sermaye piyasası araçları ödünç alınarak satış işlemi yapıldığı için, yatırımcının T+2 takas süresi⁴ içinde sermaye piyasası araçlarının tesliminde alıcıya karşı temerrüde düşmesi önlenmiş olur. Temerrüt riskinin daha düşük olması, karşılığı olan açığa satışı, çıplak açığa satıştan ayıran önemli bir noktadır. Sermaye piyasası araçları cari fiyattan satıldığı ve fiyatlar düşünce tekrar satın alınıp ödünç verene iade edildiği için, alım ve satım fiyatı arasındaki farktan ödünç alma bedeli düşüldükten sonra kalan miktar yatırımcının kârını oluşturur.

2. Karşılığı Olmayan (Çıplak) Açığa Satış

Karşılığı olmayan açığa satışta (*naked/uncovered short selling*) yatırımcı açığa satmak istediği sermaye piyasası araçlarına sahip değildir ve sahip olmadığı sermaye piyasası araçlarını, ödünç almadan ya da ödünç almayı taahhüt etmeden satış emri verir. Yatırımcı, satış emri verdikten sonra bu araçları piyasadan satın ya da ödünç almayı amaçlar. Yatırımcı, takas süresi içinde bu sermaye piyasası araçlarını alıcıya teslim edemediği durumda temerrüt gerçekleşir. Dolayısıyla, temerrüt riskinden ötürü, düzenleyici otoritelerin en fazla endişe duydukları açığa satış yöntemi budur⁵. Öte

³ Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonu Örgütü IOSCO'nun Açığa Satış Düzenlemesi Nihai Raporu, 2009, s.23, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD292.pdf> (Erişim Tarihi: 06.01.2022). Ayrıca bkz. Elizabeth **Howell**, "Short Selling Restrictions in the EU and the US: A Comparative Analysis", *Journal of Corporate Law Studies* 333, 16 (2), 2016, s. 3; **Karacan**, s. 288; Tuğba **Çakın**, *Impacts of Short Selling Restrictions on Stocks Traded At Borsa Istanbul*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 7.

⁴ Piyasada gerçekleştirilen işlemlerin takas günü, işlem gününü takip edeb ikinci iş günüdür (T+2). Bu konuda bkz. Özlem **Ata**, *Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satıma Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması*, İstanbul 2020, s. 24, dn. 52.

⁵ IOSCO'nun Açığa Satış Düzenlemesi Nihai Raporu, 2009, s. 23; Oscar **Bernal**/Astrid **Herinckx**/Ariane **Szafarz**, "Which Short-Selling Regulation Is the Least Damaging to Market Efficiency? Evidence from Europe" *International Review of Law and Economics*, Vol. 37, 244-256, 2014, s. 9; **Howell**, *Short Selling Restrictions*, s. 3; **Çakın**, s. 8; Emre *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

yandan bu riskin, katı takas yükümlülükleri getirilmesi ve temerrüt halinde ağır yaptırımlar öngörülmesi yoluyla bertaraf edilmesi mümkündür⁶.

Yatırımcıların çıplak açığa satış gerçekleştirilmelerinin temel sebebi, karşılığı olan açığa satışıdaki ödünç bedelinin maliyetinden kaçınmaktır. Fakat, çıplak açığa satış yoluyla çok hızlı ve yüksek hacimli işlemlerle piyasanın yapay olarak baskı altına alınması olasılığı vardır⁷. Zira, bu satış yönteminde yatırımcı, sahip olmadığı sermaye piyasası araçlarının satışını gerçekleştirdiği için bu araçların arzını yapay olarak artırmaktadır. Böylece, fiyatların manipüle edilmesi de kolaylaşmaktadır. Bu nedenle, çıplak açığa satışın karşılığı olan açığa satışa göre fiyat oynaklığını arttırdığı eleştirileri mevcuttur⁸.

3. Hesaba Rağmen Açığa Satış

Hesaba rağmen açığa satış (*short sale against the box*) yönteminde yatırımcı açığa satmak istediği sermaye piyasası araçlarına sahiptir. Sahip olduğu sermaye piyasası araçlarının açığa satışı emrini verir; ancak takas yükümlülüğünü sahip olduğu sermaye piyasası araçlarının teslimi ile gerçekleştirmez, ödünç almak suretiyle gerçekleştirir. Bu durumda yatırımcı, bir hesabında aynı sermaye piyasası araçları için uzun pozisyona sahipken diğer hesabında açığa satış pozisyonuna sahiptir.

Hesaba rağmen açığa satış, yatırımcının elindeki sermaye piyasası araçlarının fiyatının ani düşüşünden korunmak (*hedging*) amacıyla yapılabilir⁹. Örneğin, yatırımcının elinde bulundurduğu payların değerinin kısa süreli düşeceğini öngörmesi, ancak uzun vadede bu payların önceki değerine ulaşacağı inancından ötürü bunları elden çıkarmak istememesi, böylece oy hakkı başta olmak üzere paya bağlı haklarını da kullanmaya devam etmesi yatırımcıyı hesaba rağmen açığa satışa yönelten sebeplerdendir. Yatırımcının vergi yükümlülüğünü erteleme amacı da hesaba rağmen açığa satış yapılmasının sebebi olabilir. Aynı örnekten devam edildiğinde ve yatırımcının elindeki payların satılması durumunda

Kesici, Açığa Satış İşlemleri ve 2008 Finansal Kriz Sonrası SEC Düzenlemeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, No 7, 2011, s. 11; **Karacan**, s. 289; Serkan **Karabacak**, Açığa Satış İşlemleri, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, İstanbul 2002, s. 11; Gökben **Altaş**, “Açığa Satış”, Sermaye Piyasasında Gündem, Sayı 101, Ocak 2011, s. 10.

⁶ Jennifer **Payne**, “The Regulation of Short Selling and Its Reform in Europe”, European Business Organization Law Review, Volume 13, 2012, s. 417.

⁷ **Kesici**, s. 11.

⁸ **Howell**, Short Selling Restrictions, s. 8; **Kesici**, s. 12.

⁹ **Karabacak**, s. 12; Mine **Aksoy**, Açığa satış, menkul kıymet ödünç işlemleri, Türkiye ve Dünya uygulamalarının karşılaştırılması, Kadir Has Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s. 23.

yüksek miktarda kâr edeceği ve dolayısıyla bu kârın vergi yükümlülüğü de doğuracağı varsayıldığında, yatırımcının vergi yükümlülüğünü ertelemek amacıyla elindeki payları satmaması, ancak ani düşüşe karşı yatırımını korumak amacıyla da açığa satış emri vermesi söz konusudur. Böylece yatırımcı, o andaki hesap yılında uzun pozisyonunu kapatmadığı için vergi borcunu erteler; ancak açığa satış pozisyonuyla da olası fiyat düşüşlerine karşı yatırımını korumuş olur¹⁰.

4. Yapay Açığa Satış

Yapay açığa satış (*synthetic short selling*) yöntemi esasen gerçek bir açığa satış işlemi olmayıp, açığa satış ile hedeflenen sonuca türev araçlar yoluyla ulaşılmasıdır. Açığa satış işlemiyle fiyatı düşen bir sermaye piyasası aracının satılarak kazanç elde etme amacı güdülmekte ve yapay açığa satış yöntemiyle bu amaca türev araçlar yoluyla ulaşılmaktadır. Yapay açığa satış, türev araçlardan olan opsiyon sözleşmeleriyle açığa satış sonucu elde edilecek kazancın açığa satış işlemi yapılmaksızın elde edilmesi olarak ifade edilebilir. Bu anlamda açığa satış işlemi ve opsiyon sözleşmeleri, birbirlerini tamamlayan ya da birbirine alternatif olarak kullanılabilen yatırım yöntemlerindedir¹¹. Opsiyon sözleşmeleri, açığa satışın sağlayacağı getirinin açığa satış yapılmaksızın elde edilmesinde de kullanılmakta ve gerçek bir açığa satış yöntemi olmaması nedeniyle buna, yapay (sentetik) açığa satış da denilmektedir.

Opsiyon sözleşmesi (cayılabilir vadeli işlem sözleşmesi) bir varlığın kararlaştırılan fiyattan ileriki bir tarihte satma hakkının ya da satın alma hakkının (opsiyon hakkını) satılmasıdır. Satma ya da satın alma hakkına karşılık karşı tarafa prim olarak adlandırılan bir bedel ödenir. Sahibine, bir

¹⁰ Simon D. **Ulcickas**, “Internal Revenue Code Section 1259: A Legitimate Foundation for Taxing Short Sales Against the Box or a Mere Makeover?”, 39 William & Mary Law Review 1355, 1998, s. 1361; **Karabacak**, s. 12; **Aksoy**, s. 23; **Karacan**, s. 287. ABD’de 1997 yılında, Vergi Mükellefi Muafiyet Yasası (*Taxpayer Relief Act*)’nın bir parçası kabul edilen Vergi Yasası (*Internal Revenue Code*) §1259 yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme, sermaye kazanç vergisini erteleme amacına dayanan hesaba rağmen açığa satış işlemi engellemeyi amaçlamıştır. Yatırımcının hâlihazırda elinde olan sermaye piyasası araçlarını ödünç alarak açığa satış emri verdiği durumda bu sermaye piyasası araçlarının “satıldığını” kabul ederek o hesap döneminde vergilendirilmesini öngörmüştür. Böylece, hesaba rağmen açığa satış işlemine vergi yükümlülüğünün ertelenmesi amacıyla başvurulmasının uygulamada bir anlamı kalmamıştır. Bu konuda bkz. **Ulcickas**, s. 1355; Frank G. **Colella**, “Pinch-Hitting for the IRS: Second Circuit Adopts Phantom Regulations to Curb a Monster Abuse of Financial Derivatives”, 4 Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev. 26, 2020, s. 2.

¹¹ Mine **Aksoy/Engin Kurun**, “Hisse Senetlerinde Açığa SATış İşleminin Alternatifi Olarak Opsiyon Sözleşmelerinin Kullanımı ve Türk Sermaye Piyasası İçin Öneriler”, Maliye ve Finans Yazıları, Y. 26, S. 94, Ocak 2012, s. 45.

varlığı, önceden belirlenmiş fiyat üzerinden gelecekteki bir tarihte satın alma hakkı sağlayan opsiyon hakkına alım opsiyonu (*call option*), satma hakkı sağlayan opsiyon hakkına ise satım opsiyonu (*put option*) denir. Opsiyon hakkı, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde kullanılmazsa opsiyon hakkı sahibi ödediği prim oranında zarar eder. Dolayısıyla, opsiyon hakkı sahibi karşı tarafa göre daha az risk altındadır. Çünkü, opsiyon sözleşmesi satan taraf, varlığın fiyatının beklediği yönün aksine değişmesi durumunda, opsiyon hakkı sahibinin opsiyon hakkını kullanmasıyla önceden öngörülemeyen miktarda zarara uğrama riski altındadır¹².

Opsiyon sözleşmeleri, açığa satış yapan yatırımcının açığa satışın risklerinden korunmak amacıyla, başka bir deyişle açığa satış işlemine tamamlayıcı olarak gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin pay ödünç alarak açığa satış yapan yatırımcı, payın fiyatının vade sonuna kadar düşme beklentisindedir. Ancak, payın fiyatının vade sonunda artması olasılığına karşılık, açığa satış yanında payın alım opsiyonunu da satın alarak, payın fiyatının artması riskinden korunma yolunu seçebilir¹³. Görüldüğü üzere yatırımcı, açığa satış işleminin riskinden korunmak için, alım opsiyonu da satın alarak, payı, önceden belirlenmiş fiyat üzerinden ileriki bir tarihte satın alma hakkını da satın alır. Böylece, yatırımcının beklentisinin aksine payın fiyatı artmış olsa da yatırımcı, alım opsiyonunu kullanarak payı düşük fiyattan satın alabilir.

Opsiyon sözleşmeleri, açığa satış işlemine alternatif olarak da gerçekleştirilmektedir. Bilindiği üzere, karşılığı olan açığa satışlarda yatırımcının, ödünç verene ödünç bedeli vermesi gerekir. Bu ödünç maliyetine katlanmak istemeyen yatırımcı, açığa satışın alternatifi olarak satım opsiyonu satın alabilir¹⁴. Yatırımcı, burada da belirli bir payın fiyatının gelecekte düşeceği beklentisindedir. Ancak açığa satış yapmak yerine, payın gelecekte olmasını beklediği fiyattan daha yüksek bir fiyata bu payı satma hakkını satın alabilir. Bu hakkı satın aldığı için karşılığında karşı tarafa bir bedel (prim) öder. Eğer yatırımcının beklentisi yönünde, gelecekteki tarihte payın fiyatı düşmüşse, yatırımcı opsiyon sözleşmesinde kararlaştırılan yüksek bedelden bu payları karşı tarafa satma hakkını kullanır ve kâ eder. Eğer yatırımcının beklentisinin aksine gelecekteki tarihte payın fiyatı yükselmişse, yatırımcı satım opsiyonunu kullanmaz ve ödediği prim

¹² Opsiyon sözleşmeleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail **Kırca**, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon sözleşmeleri, Ankara, 2000, s.186; Yusuf Gökhan **Penezoğlu**, Hukuki Yönüyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s.8.

¹³ **Aksoy/Kurun**, s. 51, 52; **Altaş**, s. 9.

¹⁴ **Aksoy/Kurun**, s. 51.

kadar zarar eder. Bu örnekte, yatırımcının beklentisi yönünde, gelecekteki tarihte payın fiyatı düşmüşse, yatırımcının opsiyon sözleşmesinde kararlaştırılan yüksek bedelden bu payları karşı tarafa satma hakkını kullanması durumunda sözleşmenin karşı tarafı payın fiyatının düştüğü oranda zarar edeceğinden, burada da sözleşmenin karşı tarafı bu zarardan korunmak amacıyla spot piyasada payları açığa satabilir¹⁵. Bu son durum, bir üst paragrafta belirtilen örneğin tersidir. Çünkü burada, örnekteki gibi opsiyon sözleşmesi açığa satış işleminin riskinden korunma amacıyla yapılmamakta, aksine, açığa satış işlemi opsiyon sözleşmesinin riskinden korunma amacıyla yapılmaktadır.

Yatırımcının, açığa satış işlemi yapmaksızın payın fiyatının düşeceği beklentisiyle kazanç elde etmesinin bir başka yolu ise, bir üst paragrafta açıklananın aksine karşı taraftan satın opsiyonu sözleşmesi satın almak yerine karşı tarafa alım opsiyonu satmasıdır¹⁶. Zira, bir payın fiyatının düşeceği beklentisinde olan yatırımcı, gelecekteki tarihte payın fiyatı düştüğü durumda karşı tarafın opsiyon sözleşmesinde kararlaştırılmış yüksek fiyat üzerinden alım opsiyonunu kullanmayacağı ve böylece karşı tarafın alım opsiyonunu satın almak için ödediği primin de yatırımcının kazancı olacağı düşüncesindedir. Ancak, eğer yatırımcının beklentisinin aksine payın fiyatı yükselirse, karşı tarafın alım opsiyonunu kullanması durumunda yatırımcının zararı sınırsız olur. Burada da opsiyon sözleşmesi açığa satış işleminin alternatifi olarak kullanılmaktadır.

Görüldüğü üzere, açığa satış işlemlerinin yasaklandığı ya da önemli ölçüde sınırlandırıldığı bir piyasada yatırımcı, sermaye piyasası aracının fiyatının gerçek değerinden yüksek olduğunu düşünüyorsa, bu bilgisini opsiyon sözleşmeleriyle de yatırım kararına çevirebilir. Opsiyon sözleşmesinin açığa satış işleminin alternatifi olarak kullanılabilmesi, açığa satışın yasak olduğu ya da açığa satışların önemli ölçüde sınırlandırıldığı bir piyasada bu işlemle hedeflenen sonuca opsiyon sözleşmesiyle ulaşılmasına yol açabilir¹⁷.

IV. Açığa Satış İşleminin Yararları

Açığa satışların en önemli yararlarından biri, piyasa likiditesi sağlamasıdır. Uzun pozisyonlar genelde piyasaların yükseliş eğiliminde olduğunda alınır. Açık pozisyonlarda ise düşüş eğilimindeki sermaye

¹⁵ Aksoy/Kurun, s. 51, 54.

¹⁶ Aksoy/Kurun, s. 51, 54.

¹⁷ Elizabeth Howell, "The Regulation of Short Sales: A Politicised Topic", Law and Financial Markets Review, 12:4, 2018, s. 203.

piyasası araçları satılıp, daha sonra piyasadan alınarak açık pozisyonlar kapatıldıkları için bu işlemler işlem hacminin ve likiditenin artmasına yardımcı olur¹⁸.

Açığa satış yatırımcıları, özellikle gerçek değerinden yüksek fiyatlanmış payları açığa satarak kâr etmeyi amaçladıklarından, piyasadaki balon fiyatlı payları bulmaya çalışırlar. Böylece açığa satılan sermaye piyasası araçlarının gerçek değerinden yüksek fiyatlandığı bilgisi piyasaya sunulur ve nihayetinde fiyatların gerçek seviyesine gelmesi sağlanabilir. Bu nedenle açığa satışlar piyasadaki bilgi asimetrisinin azalmasına yardımcıdır¹⁹. Öte yandan, açığa satışlarla sermaye piyasası araçlarının fiyatının düşüşünden kâr edilmek istendiğinden, açığa satış yatırımcıları fiyatların düşmesi için piyasa bozucu hareketlerde bulunabilmektedir. Bu nedenle açığa satışlar sermaye piyasası otoriteleri tarafından piyasa manipülasyonu kabul edilebilmekte²⁰; açığa satış yatırımcıları piyasa manipülasyonu yapmakla suçlanabilmektedir. Örneğin, Almanya’da Haziran 2020’de meydana gelen ve Almanya’nın en büyük finansal skandallarından biri kabul edilen *Wirecard* skandalında, ödeme kuruluşu ve finansal hizmet sağlayıcı *Wirecard* şirketinin yavru şirketlerinde muhasebe usulsüzlükleri olduğu ancak bunların şirketin finansal tablo ve raporlarına yansımadağı gerekçesiyle paylarının gerçek değerinden daha yüksek fiyatlandığı haberleri basında yer almış, fakat Alman sermaye piyasası otoritesi BaFin (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) payları açığa satan yatırımcıları ve haberi basına yansıtan gazetecileri piyasa manipülasyonu yapmakla suçlamıştır. Şirket paylarının fiyatının düşmesi nedeniyle BaFin, *Wirecard AG* paylarının açığa satışını iki ay süreyle yasaklamıştır. Fakat en nihayetinde, *Wirecard*’ın iflas başvurusuyla finansal durumunun gerçekte gösterildiğinden çok daha kötü olduğu ortaya çıkmış ve şirket yöneticisi tutuklanmıştır²¹. Görüldüğü üzere, bu sermaye piyasası işlemi çoğu zaman

¹⁸ IOSCO’nun Açığa Satış Düzenlemesi Nihai Raporu, 2009, s. 4; **Altaş**, s. 10.

¹⁹ Edward M. **Miller**, “Risk, Uncertainty, and Divergence of Opinion”, *Journal of Finance* 32, 1977, s. 1166; Douglas W. **Diamond**/Robert E. **Verrecchia**, “Constraints on Short-Selling and Asset Price Adjustment to Private Information”, *Journal of Financial Economics* 18, 1987, s. 277; Jennifer **Payne**, s. 413, 418.

²⁰ Ali Hakan **Evik**, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Ankara 2004, s.173.

²¹ Açığa satış işleminin yararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksoy**, s. 24; **Karacan**, s. 287; Gianfranco **Siciliano**/Marco **Ventoruzzo**, “Banning Cassandra from the Market? An Empirical Analysis of Short-Selling Bans during the Covid 19 Crisis”, *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 532/2020*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3657375, July 14, 2020, s. 2-3.

sermaye piyasası otoriteleri tarafından manipülasyonla ilişkilendirilse de piyasaya bilgi akışı sağlaması ve payların gerçek değerine gelmesi açısından yararlıdır.

Açığa satışların bir diğer yararı, olası fiyat düşüşlerinde korunma (*hedging*) sağlamasıdır²². Diğer yatırım yöntemlerinin risklerinden korunmak amacıyla açığa satış yapılabilir. Daha önce de belirtildiği üzere, açığa satış işlemleri opsiyon sözleşmesinin risklerinden korunmak amacıyla da yapılmaktadır²³. Bunun yanında, hesaba rağmen açığa satış da riskten korunma amacıyla yapılabilir²⁴. Özellikle karşılığı olan açığa satış yöntemi, karşılığı olmayan açığa satış yöntemindeki gibi temerrüt riski de taşımadığından riskten korunma amacıyla kullanılabilir.

V. Açığa Satış İşleminin Sakıncaları

Açığa satışların en önemli sakıncalarından biri açığ satış yatırımcısının olası zararının sınırsız olmasıdır. Şöyle ki; uzun pozisyonda, payın fiyatı yatırımcının beklediği gibi yükselmez ve düşerse, en kötü ihtimalle sıfırlanırsa; yatırımcı en fazla payı alırken ödediği bedel kadar zarar eder. Fakat açığa satışta, payın fiyatı yatırımcının beklentisinin aksine düşmez ve yükselirse, payın fiyatının yükseleceği bir sınır olmadığı için, yatırımcının zararının da sınırı yoktur. Bu nedenle, açığa satış pozisyonu uzun pozisyondan daha risklidir.

Açığa satış yatırımcıları piyasadaki balon fiyatlı pay arayışına girip bu payları açığa satmayı amaçladıklarından, açığa satışların payların fiyatını düşürdüğü ve piyasayı kötü yönlü etkilediği belirtilir. Zira, iyi bir sermaye piyasasında payların yüksek seviyelerden işlem görmesi beklediği için, fiyatları aşağı çeken açığa satışların piyasayı olumsuz etkilediği söylenir. Daha önce de ifade edildiği üzere²⁵, gerçek değerinden yüksek fiyatlanmış bir payın açığa satılması, piyasa fiyatının gerçek değerine gelmesi için gerekliken; gerçek değerindeki bir payın fiyatının, piyasaya yanlış bilgi yayılarak, açığa satışlar ile yapay olarak düşürülmeye çalışılması piyasa dolandırıcılığına (piyasa manipülasyonuna) yol açar. Gerçekten de son yıllarda dünyada yaşanan piyasa dolandırıcılıklarından birçoğu, açığa satış yatırımcılarının söz konusu şirketle ilgili yanlış ya da yanıltıcı olumsuz bilgiler yaymaları sonucu meydana gelmiştir. Bir şirketin paylarının fiyatının, şirketle ilgili yanlış ancak olumlu bilgilerin piyasaya yayılmasıyla

²² IOSCO'nun Açığa Satış Düzenlemesi Nihai Raporu, 2009, s. 4.

²³ Bkz. Yukarıda, "4. Yapay Açığa Satış".

²⁴ Bkz. Yukarıda, "3. Hesaba Rağmen Açığa Satış".

²⁵ Bkz. Yukarıda, "IV. Açığa Satış İşleminin Yararları".

yükseltildikten sonra payların satılıp ekonomik kazanç elde edilmesi (*pump and dump*) gibi bunun tersi olan, şirketin payları açığa satılarak ve şirket hakkında da yanlış olumsuz bilgiler piyasaya yayılarak payların değerinin düşmesinin sağlanması ve açığa satıştan kazanç elde edilmesi de (*trash and cash*) piyasa dolandırıcılığıdır²⁶. Mevzuatımızda da bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suç kabul edilmiştir (SerPK m. 107/2).

Açığa satışların bir başka sakıncasının, açığa satış yatırımcılarının sıkıştırılmasıyla (*short squeeze*) piyasanın dengesinin bozulmasına yol açması olduğu söylenir. Açığa satışçıların sıkıştırılması, belirli bir sermaye piyasası aracında açığa satış yapıldığını öğrenen diğer yatırımcıların, o sermaye piyasası aracını piyasadan satın alarak fiyatlarının yükselmesini sağlaması ve açığa satışçıların ödünç sözleşmesindeki vadede teslimi gerçekleştirebilmek için bunları yüksek fiyattan piyasadan almalarına neden olarak zarara uğramalarının amaçlanmasıdır. Şubat 2021’de ABD’de meydana gelen *Gamestop* olayında, açığa satış yatırımcılarının bu şekilde sıkıştırılmasıyla büyük zarara uğramalarına sebebiyet verilmiştir²⁷.

VI. Türkiye’de Açığa Satış İşlemlerine İlişkin Mevzuat

Ülkemizde açığa satışlar ilk kez Kurul’un 27.12.1994 tarihli Seri: V No: 18 sayılı Kredili Menkul Kıymet, Açığa Satış ve Menkul Kıymetlerin Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliği²⁸ ile ikincil mevzuatta düzenlenmiştir. Daha sonra şu anda yürürlükte olan Seri: V, No: 65 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliği²⁹ kabul edilmiştir. Bunun yanında, Borsa

²⁶ Avrupa Birliği’nin 16 Nisan 2014’te kabul edilen 596/2014 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Düzenlemesi (*Market Abuse Regulation*)’ne ek olarak kabul edilen 2016/522 sayılı ek düzenlemenin (*Commission Delegated Regulation*) Ek II, Bölüm 2, 4/d maddesinde de “*trash and cash*” davranışı açıkça piyasa manipülasyonu olarak nitelendirilmiştir. Açığa satış yatırımcılarının aynı zamanda şirkete ilişkin yanlış bilgi yayması yoluyla payların fiyatının önemli oranda düşürüldüğü Almanya’daki örneklere ilişkin bkz. Thomas M.J. Möllers, “Market Manipulation Through Short Selling Attacks and Misleading Financial Analyses”, *The International Lawyer*; Chicago Vol. 53, Iss. 1, 2020, s. 93-94.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Usman W. Chohan, “Counter-Hegemonic Finance: The Gamestop Short Squeeze”, January 28, 2021, s. 1; Jonathan R. Macey, “Securities Regulation as Class Warfare”, *Columbia Business Law Review*, Forthcoming, February 20, 2021, s. 1.

²⁸ RG. T. 27.12.1994 S. 22154.

²⁹ RG. T. 14.07.2003 S. 25168.

İstanbul bünyesindeki prosedürlerde ve yönergelerde de açığa satışa ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Yürürlükteki Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (ESerPK) döneminde, 2003 yılında kabul edilmiştir. ESerPK ise bildindiği üzere 2012 yılının sonunda mülga olmuş ve bunun yerine AB düzenlemeleriyle ve sermaye piyasasının teknik ve dinamik yapısıyla uyumlu güncel bir sermaye piyasası kanunu kabul edilmiştir. Buna rağmen, ESerPK döneminde çıkarılan Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ hâlen yürürlükte olup açığa satışlarla ilgili en önemli düzenlemedir. SerPK m. 39/7 uyarınca Kurul, açığa satış işlemlerine ilişkin ilke ve esasları belirlemeye yetkilidir, ancak SerPK'nın yürürlüğünden itibaren geçen yaklaşık on yıl boyunca yeni bir açığa satış tebliği çıkarılmamıştır. Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ, çıkarıldığı 2003 yılından itibaren on dokuz yıl boyunca birçok değişikliğe uğramış ancak bu değişiklikler tebliğdeki temel kavram ve kurumların SerPK ile uyumlu hâle getirilmesinde yeterli olmamıştır. Bu nedenle, on dokuz yıldır yürürlükte olan ve özellikle SerPK ile kabul edilen güncel düzenlemelerle uyumlu olmayan Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ'in yerine, sermaye piyasasının dinamik yapısı uyarınca SerPK'daki kavram ve kurullarla uyumlu bir düzenleme öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SerPK ile Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ arasındaki uyumsuzluklardan biri³⁰, açığa satışa aracılık hizmetinin hukuki niteliği konusunda görülmektedir. SerPK ile, hukukumuzda yeni bir kavram olan “yan hizmetler” kavramı AB'nin Finansal Arac Piyasaları Yonergesi (*MiFID*)'ne uyum sağlamak amacıyla kanunda yerini almış³¹ ve hukukumuzda ilk kez yatırım hizmeti ve yan hizmet ayrımına gidilmiştir³². Yatırım hizmet ve faaliyetleri SerPK m. 37'de düzenlenir ve bu faaliyetlerin yerine getirilmesi için yatırım kuruluşlarının Kurul'dan izin alarak yetki belgesine sahip olması gerekir (SerPK m. 37, m. 39/1). Yan hizmetler ise SerPK m. 38'de gösterilmiştir. Yatırım kuruluşlarının yan hizmetleri sunabilmesi için ayrıca bir yetki belgesine gerek yoktur, yalnızca Kurul'a bildirimde bulunulması

³⁰ Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ ile SerPK arasında birçok uyumsuzluk göze çarpmakla birlikte, bu başlık altında açığa satışa aracılık hizmetinin hukuki niteliği konusundaki tespitimize yer verilecektir. Tespit edebildiğimiz diğer uyumsuzluklara ise çalışmanın ilgili kısımlarında değinilecektir.

³¹ Bkz. SerPK 38. madde gerekçesi.

³² Yatırım hizmet ve faaliyeti ile yan hizmetler kavramlarına ilişkin görüşler ve ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Burçak Yıldız, Sermaye Piyasası Hukukunda Genel Yatırım Tavsiyesi Sunma Faaliyeti ve Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti Kapsamında Yatırım Tavsiyeleri, Ankara 2015, s.63.

yeterlidir (SerPK m. 39/2; III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ³³ m. 7).

Yatırım kuruluşları tarafından sunulan ve müşterilerinin açığa satış işlemlerinin gerçekleştirildiği açığa satışa aracılık hizmetinin ise bir yatırım hizmet ve faaliyeti mi yoksa yan hizmet mi olduğuna ilişkin ne SerPK’da ne de III-37.1 sayılı Tebliğ’de açık düzenleme vardır. Yalnızca SerPK m. 38/1-b’de yan hizmet olarak sıralanan hizmetlerden biri de “*Proje finansmanı dahil olmak üzere Kurulca belirlenecek hizmet ve faaliyetlerde, kambiyo düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla, kredi ya da odunc verilmesi ve döviz hizmetleri sunulması*”dır. Fakat bu düzenlemedeki “kredi ya da ödünç verilmesi” ifadesinden açığa satış hizmetinin de yan hizmet olarak nitelendirildiği sonucuna açıkça ulaşılammaktadır.

III-37.1 sayılı Tebliğ’de “*Yan Hizmetlerin Sunulması*” üst başlıklı ve “*Kredi ya da odunc verilmesi ve döviz hizmetleri sunulması*” kenar başlıklı m. 72/1’de ise “*sermaye piyasası araçlarının kredili alım, açığa satış ve odunc alma ve verme işlemlerine ilişkin ilke ve esaslar Kurul tarafından ayrıca belirleneceği*” belirtilmektedir. Bu düzenleme uyarınca, açığa satış hizmetinin yan hizmet kabul edildiğini yorum yoluyla söylemek mümkündür. Öte yandan, Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 4’te sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık yetki belgesine sahip aracı kurumların Kurul’dan ayrıca izin almaksızın kredili alım, açığa satış ve odunc alma ve verme işlemlerine aracılık edebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, yalnızca alım satım aracılık yetki belgesine sahip yatırım kuruluşları açığa satışa aracılık hizmeti verebilirler. Oysa, SerPK ve III-37.1 sayılı Tebliğ uyarınca yan hizmetler, yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri tarafından ayrıca bir yetki belgesi alınmasına gerek olmadan Kurul tarafından belirlenen esaslara göre yerine getirebilir (SerPK m. 39/2, III-37.1 sayılı Tebliğ m. 7/1). Görüldüğü üzere, açığa satış hizmetinin bir yan hizmet olarak kabul edilmesi durumda da Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ ile SerPK ve III-37.1 sayılı Tebliğ arasındaki uyumsuzluk açıktır. Tüm bu nedenlerle, yatırım kuruluşlarının sunduğu açığa satışa aracılık hizmetinin bir yatırım hizmet ve faaliyeti mi yoksa yan hizmet mi olduğu yönünde SerPK’da açık düzenleme yapılması ve Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ’in SerPK ve ilgili mevzuat ile uyumlu hâle getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁴.

³³ RG. T. 11/7/2013 S. 28704.

³⁴ Nitekim bkz. **Ata**, s. 212-214.

Açığa satış işlemi, en çok payların açığa satışıyla yapılmaktadır. Ancak, çeşitli ülke hukuklarına göre döviz, emtia ve tahviller gibi farklı sermaye piyasası araçlarının da açığa satışı yapılabilir.

Ülkemizde, Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 6/1 uyarınca borsalar ve teskilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören sermaye piyasası araçlarından kredili alım ve açığa satış işlemlerine konu olacaklar ilgili borsanın yetkili organları tarafından piyasa kapitalizasyonu, likidite, dolayısıyla bulunan pay sayısı, işlem sıklığı ve bu gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle bir veya birden fazla gruba ayrılarak listelere alınır, Kurul'a bildirilir ve Kurul'un onayını muteakip ilan edilir.

Borsa İstanbul A.Ş. Pay Prosedürü ve Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi uyarınca³⁵, Yıldız Pazar ve Ana Pazar'da işlem gören paylar, buna ek olarak borsa yatırım fonu katılma belgeleri hem kredili alıma hem de açığa satış işlemine konu olabilir. Açığa satış işleminin gerçekleştirileceği aracı kurum tarafından bu sermaye piyasası araçları arasından uygun olanlar belirlenir. Böylece, derinliği ve piyasa kapitalizasyonu düşük payların açığa satışa konu edilmemesiyle fiyat hareketleri anlık işlemlere duyarlı ve etkin bir piyasası olmayan payların kaldıraçlı işlemlere olanak tanıyan açığa satış imkanından yararlanılarak manipülatif işlemlere yol açması engellenmeye çalışılmaktadır. Varantlarda, sertifikalarda, sahipliğe dayalı kira sertifikalarında, gayrimenkul yatırım fonlarında ve girişim sermayesi yatırım fonlarında kredili alım ve açığa satış işlemi yapılamaz. Gayrimenkul sertifikalarında ise kredili alım yapılabilmeyle birlikte açığa satış işlemi yapılamaz³⁶.

³⁵ Borsa İstanbul A.Ş. Pay Prosedürü N. 5.8.4, Onay Tarihi: 01/03/2016 Revizyon Tarihi: 10/01/2022 <https://www.borsaistanbul.com/files/pay-piyasasi-proseduru.pdf> (Erişim Tarihi: 06.01.2022); Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi m. 39, Onay Tarihi: 15/10/2015 Revizyon Tarihi: 10/01/2022 <https://www.borsaistanbul.com/files/borsa-istanbul-as-pay-piyasasi-yonergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

³⁶ Bununla birlikte, SPK'nın 11/02/2021 tarih ve 7/211 sayılı Kararı kararı uyarınca yapılan duyuruya göre Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasalarında ikinci bir duyuru yapılmaya kadar Borsa İstanbul BIST-50 Endeksi dışında kalan paylarda açığa satış işlemleri yasaktır. Daha önce 28.02.2020 tarihinde SPK'nın kararıyla SerPK'nın 1. maddesi çerçevesinde, sermaye piyasalarının güvenilir, şeffaf, istikrarlı bir ortamda işleyişinin sağlanması ile yatırımcıların hak ve yararlarının korunmasını teminen, SerPK m. 128/1-(a)'ya dayanarak, BIST pay piyasalarında açığa satış işlemleri yasaklanmıştı. Daha sonraki bir kararda ise (30/06/2020 tarihli ve 39/798 sayılı Kurul kararı) yalnızca BIST-30 Endeksindeki paylarda açığa satışa izin verilmişti.

VII. Açığa Satış İşlemlerine Yönelik Sınırlamalar ve Bu Sınırlamaların Mevzuatımızdaki Yansımaları

Açığa satış işlemlerinin sözü edilen sakıncaları olsa da yararları da bulunduğu; dünya sermaye piyasalarında genellikle açığa satışların kalıcı olarak yasaklanması yoluna gidilmemekte; bunun yerine, finansal krizlerde geçici olarak yasaklanmakta ve belirli yöntemlerle sınırlandırılmaktadır. Aşağıda, açığa satış işlemlerinin sınırlandırılması için kabul edilen yöntemler, ülkemiz sermaye piyasası düzenlemeleri de dikkate alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

1. Karşılığı Olmayan (Çıplak) Açığa Satış Yasağı

Karşılığı olmayan açığa satış, sahip olunmayan, ödünç de alınmayan ve ödünç alma taahhüdünde de bulunulmayan sermaye piyasası araçlarının satılmasıdır³⁷. Satılan sermaye piyasası araçlarının karşılığı bulunmadığı için, takas günü teslimin yapılamaması ve temerrüdün gerçekleşmesi daha olasıdır. Bu nedenle birçok ülkede karşılığı olmayan açığa satışların tamamen ya da bazı sermaye piyasası araçları için yasaklanması yoluna gidilmektedir. Avrupa Birliği (AB)'nin 1 Kasım 2012 tarihinden bu yana yürürlükte olan 236/2012 sayılı açığa satış işlemlerine ilişkin düzenlemesi, karşılığı olan açığa satışlarla karşılığı olmayan açığa satışları net biçimde ayırmaktadır. Payların, devlet tahvillerinin ve kredi temerrüt swapının (*credit default swap - CDS*) karşılığı olmadan açığa satılmasına önemli sınırlamalar getirerek, bunların karşılığının gösterilmeden (yerine koyma - *locate* kuralı) açığa satışına izin vermemektedir³⁸.

ABD'de de, açığa satış işlemlerindeki takas riskini azaltmak ve çıplak açığa satışın yaratabileceği manipülasyonu önlemek amacıyla getirilen SHO düzenlemesi³⁹, yerine koyma (*locate*) kuralını getirmiştir. Yerine koyma kuralıyla birlikte getirilmiş sıkı takas yükümlülükleri, payların çıplak açığa satışının *de facto* yasak olması anlamına gelmektedir⁴⁰. SHO'nun 200. maddesi, bir aracı kurumun emri ya uzun pozisyon ya açığa satış ya da açığa

³⁷ Bkz. "III. 2. Karşılığı Olmayan (Çıplak) Açığa Satış".

³⁸ Bkz. AB'nin 236/2012 sayılı Açığa Satış İşlemlerine İlişkin Düzenlemesi, m. 12, 13, 14 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0236> (Erişim Tarihi: 06.01.2022). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Payne**, s. 413-440; **Howell**, Short Selling Restrictions, s. 10.

³⁹ Bkz. Commission Release 34-50103, "Short Sales" (Temmuz 2004) (the "Adopting Release"), <http://www.sec.gov/rules/final/34-50103.htm> (Erişim Tarihi: 06.01.2022); **Aksoy**, s. 124.

⁴⁰ **Howell**, Short Selling Restrictions, s. 37-38.

satıştan muaf olarak işaretlemesini öngörür⁴¹. Eğer aracı kurum emri açığa satış olarak işaretleyecekse, yatırımcının aynı zamanda açığa satılacak sermaye piyasası aracının yerine koyma kuralına göre karşılığını (yerini) da göstermesi gerekir. Bu kural, aracı kurumun, açığa satışı yapılan sermaye piyasası aracının yatırımcı tarafından ödünç alındığına, ödünç alınma taahhüdünde bulunulduğuna ya da ödünç alınabileceğine dair haklı gerekçeye sahip olmasını şart kılar (SHO m. 203(b))⁴². Dolayısıyla, yerine koyma kuralı, açığa satış yatırımcısının, açığa satmak istediği sermaye piyasası aracını, takas yükümlülüğünü yerine getirebilmek için, nereden ödünç alacağına dair bir kaynak göstermesi gerekliliği, bu kaynak gösterilene kadar ise açığa satıştan men edilmesidir. Bu nedenle, ABD’de açığa satış yatırımcısı, yerine koyma kuralının öngördüğü şekilde açığa satmak istediği sermaye piyasası aracının karşılığını (yerini) gösteremiyorsa açığa satış işlemi yapamamaktadır. Görüldüğü üzere, bir yatırımcının ödünç almadan, ödünç almayı taahhüt etmeden ya da yerine koyma kuralının gereğini sağlayarak bu sermaye piyasası araçlarının yerini göstermeden sahip olmadığı sermaye piyasası araçlarını satması (çıplak açığa satış) mümkün olmamaktadır. Başka bir anlatımla, bu kuralla birlikte, yatırımcının sahip olmadığı sermaye piyasası araçlarını satması engellenmeye çalışılmaktadır. ABD’de, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu m. 10b-21, bir açığa satış yatırımcısının, açığa sattığı sermaye piyasası araçlarını takas gününde teslim edeceğine dair aracı kurumu ya da sözleşmedeki alıcı tarafı aldatarak sahip olmadığı sermaye piyasası araçlarını açığa satması ve takas gününde de ifanın gerçekleşmemesinin hukuka aykırı olduğunu düzenlemektedir⁴³. Böylece, anılan 10b-21 kuralı, yerine koyma kuralına uyabilmek amacıyla, açığa satmak istedikleri sermaye piyasası aracına sahip olduklarına ya da bu araçları ödünç alabileceklerine ilişkin yatırım kuruluşlarına yalan ve aldatıcı beyanda bulunan yatırımcıları cezalandırmayı hedeflemektedir⁴⁴.

⁴¹ Bkz. SHO düzenlemesine ilişkin sıkça sorulan sorular: <https://www.sec.gov/divisions/marketreg/mrfaqregsho1204.htm> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁴² Payne, s. 423, dn. 38.

⁴³ Bu konuda bkz. <https://www.sec.gov/divisions/marketreg/tmcompliance/rule10b21-secg.htm> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁴⁴ Bu konuda bkz. <https://www.sec.gov/rules/final/2008/34-58774.pdf>. Şubat 2021’de ABD’de meydana gelen Gamestop vakiasında bazı açığa satış işlemlerinin “locate” kuralına uyulmaksızın yapıldığı ya da işlem açığa satış olduğu hâlde “uzun pozisyon” olarak işaretlendiği belirtilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

Ülkemizde, Mülga Seri: V No: 18 sayılı Tebliğ m. 20’de yalnızca karşılığı olan açığa satış işlemi “*sahip olunmayan menkul kıymetlerin odunc alınmak suretiyle satılması*” olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm, yalnızca karşılığı olan açığa satışın düzenleme altına alındığını, ödünç alınmadan yapılan açığa satışların, başka bir deyişle çıplak açığa satışların düzenlenmediğini göstermekteydi. Daha açık bir anlatımla, tebliğin bu düzenlemesine göre, sahip olunmayan payların aynı gün açığa satılması ve sonradan piyasadan satın alınarak aynı gün kapatılması, takas yükümlülüğü ya da ödünç ihtiyacı doğurmadığı için açığa satış sayılmamaktaydı. Oysa gün içi yapılan bu satışların da bir açığa satış işleminin tüm sonuçlarını doğurması sebebiyle açığa satışlarla ilgili getirilen yukarı adım kuralı, bildirim yükümlülüğü gibi sınırlamaların bunlara da uygulanması gerekirken; tebliğde kapsam dışı bırakılmış olması nedeniyle gün içinde yapılan açığa satışlara bu sınırlamalar uygulanmamaktaydı⁴⁵.

Yürürlükteki Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 24/1’de ise açığa satış “*Sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının satılmasını ya da satısa ilişkin emrin verilmesini ifade eder. Satısa ilişkin takas yükümlülüğünün odunc alınan sermaye piyasası araçları ile yerine getirilmesi de açığa satış sayılır*” şeklinde tanımlanmıştır. Böylece hem sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının hem de ödünç alınan sermaye piyasası araçlarının⁴⁶ açığa satış sayılmasıyla birlikte, hem çıplak açığa satış hem de karşılığı olan açığa satış düzenlenmiştir. Dolayısıyla, eski tebliğ dönemindeki gün içinde kapandığı için takas yükümlülüğü doğurmayan açık pozisyonların düzenleme kapsamı dışında kalması artık söz konusu olmayıp, bunlar da açığa satış kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, çıplak açığa satışın da düzenlenmesiyle birlikte gün içinde gerçekleşen sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının satım işlemleri, henüz takas yükümlülüğü doğurmasa bile açığa satış kabul edilmektedir. Bu nedenle, gün içinde örneğin sahip olunmayan payların satılması da bir açığa satış işlemi olduğu için bunlarda

<https://financialservices.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=407107>
(06.01.2022).

⁴⁵ Nitekim bkz. **Karabacak**, s. 35; Tayfur **Eken**, “Küresel Finansal Krizden Sonra Açığa Satış Düzenlemeleri ve İMKB Üzerine Bir Çalışma”, SPK Yeterlik Etüdü, Mart 2013, s. 16.

⁴⁶ Tebliğ m. 4 uyarınca ödünç alma ve verme işlemleri aracı kurumlar, bankalar ve Takasbank tarafından gerçekleştirilir. Takasbank bünyesinde ödünç işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için ödünç pay piyasası bulunmaktadır.

da açığa satış tuşunun işaretlenmesi gerekir⁴⁷. Zira, bu işlemler de açığa satırlara ilişkin öngörülen sınırlamalara (yukarı adım kuralı gibi) tabi olacaktır. Böylece, gün içinde, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın sahip olunmayan payların satımı ve sonradan alımı yapılarak, fiyatların aşağı çekilmesinin önüne geçilmiştir⁴⁸. Öte yandan, sıkı takas yükümlülükleri ve temerrüt yaptırımları da öngörülerek karşılığı olmayan açığa satırlara ilişkin takas riskinin önüne geçilebilmektedir⁴⁹.

Açığa satış işleminin uygulaması ülkemizde şu şekilde gerçekleşmektedir: Öncelikle yatırımcı ile aracı kurum arasında bir “acığa satış işlemi cerceve sözleşmesi” imzalanması gerekir (Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 11). Aracı kurumlar ödünç verilebilecek paylar arasından açığa satış yapılabilecek payları belirlemektedir. Aracı kurumun müşterisi de açığa satış tuşunu işaretleyerek ancak bu paylarda satış emri verebilmektedir. Yatırımcının açığa satış emri verdiğini ve emrin gerçekleştiğini varsayalım. Burada yatırımcı sahip olmadığı payları sattığı için bu bir karşılığı olmayan açığa satıştır. Bu durumda açığa satış pozisyonu aynı gün kapatılırsa takas yükümlülüğü doğmaz. Fakat pozisyon aynı gün kapatılmazsa, temerrüdün gerçekleşmemesi için sermaye piyasası araçlarının ödünç alınması gerekir^{50,51}.

⁴⁷ Nitekim, SPK, verilen satım emrinin acığa satış olduğunun emrin verilmesi esnasında aracı kuruma bildirilmemesi suretiyle usulsuz acığa satış işlemlerinde bulunulması dolayısıyla “Seri:V, No:65 sayılı Tebliğ’in 24. ve 28. maddelerine aykırılık sebebiyle yatırımcılara ceza vermiştir.Bkz. SPK’nın 26.11.2020 tarihli ve 2020/73 sayılı kararı, SPK’nın 13.07.2020 tarihli duyurusu ve 01.04.2021 tarihli ve 2021/17 sayılı bülten.

⁴⁸ **Karabacak**, s. 36.

⁴⁹ **Howell**, Reporting Rules, s. 80.

⁵⁰ Ayrıca bu konuda bkz. Ekin **Fıkrkoca Asena/Gökben Altaş**, “Short Selling of Securities in Turkey”, TSPB Publication, Haziran 2015, s. 1.

⁵¹ Aracı kurumun ödünç pay piyasasından bu payları ödünç aldığını varsayalım. Burada ödünç alan da ödünç veren de ödünç pay piyasası üyeleri olan yatırım kuruluşları olup ödünç pay piyasasında Takasbank’ın merkezi karşı taraf uygulaması söz konusudur. Ödünç veren tarafla ödünç sözleşmesi imzalanır. Payların ödünç verene iadesi için örneğin vade belirlendiğini varsayalım. Payları ödünç alan yatırım kuruluşu bu payları T+2 takas gününde alıcıya teslim eder. Ödünç sözleşmesinin vadesi geldiğinde de piyasadaki payları satın alarak ödünç verene iade eder. Eğer yatırım kuruluşu bu payları piyasada bulamazsa tekrar diğer yatırım kuruluşlarından ödünç almayı deneyebilir. Payların bir şekilde bulunmadığı ve vadede ödünç verene iade edilemediği bir durumda temerrüt gerçekleşir. Temerrüt durumunda da Ödünç Pay Piyasasında Takasbank Merkezi Karşı Taraf hizmeti verdiği için Ödünç Pay Piyasası (ÖPP) Yönergesi yanında Merkezi Karşı Taraf Yönetmeliği de devreye girer ve Takasbank ödünç verene karşı ödünç alan, ödünç alana karşı da ödünç veren olarak davranır. Merkezi karşı taraf (MKT) hizmeti verildiği için burada ödünç alan ve ödünç veren yatırım kuruluşları da zaten MKT üyesi ve ÖPP üyesi *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

Karşılığı olmayan açığa satışlar da açığa satış kapsamında olduğu için bu işlemlerin de mutlaka açığa satış tuşuna basılarak gerçekleştirilmesi gerekir (Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ m. 28/1).

Öte yandan, satım emrine konu sermaye piyasası araçları yatırımcının mülkiyetindeyse fakat bu araçlar emrin verildiği aracı kurum nezdindeki hesapta değilse ne olur? Buna ilişkin, Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ m. 24/3'te düzenleme mevcuttur: *“Satıma konu olan sermaye piyasası araçlarının satım emrinin verildiği an itibarı ile müşterinin aracı kurum nezdindeki hesabında bulunmaması veya söz konusu yükümlülüğün ilgili sermaye piyasası aracının ödünç alınması sureti ile yerine getirilmesi durumunda herhangi bir ilave bildirim ihtiyacı duyulmaksızın müşteri tarafından verilen satım emrinin bu Tebliğ hükümleri ve açığa satış işlemlerine ilişkin borsa işlem kuralları açısından açığa satış olduğu kabul edilir. Ancak müşterinin satışı yapılan sermaye piyasası aracını tevdi edebilecek durumda olduğunu ve satışı konu sermaye piyasası aracının takas tarihine kadar aracı kuruma iletileceğini yazılı veya herhangi bir iletişim aracı ile (faks, telefon, elektronik ortam ve benzeri) beyan etmesi durumunda işlem açığa satış işlemi sayılmaz [...]”*. Maddede satım emrine konu sermaye piyasası araçlarına müşterinin sahip olması ancak bu sermaye piyasası araçlarının emrin verildiği aracı kurumda değil de örneğin başka bir aracı kurum ya da müşterinin evi gibi başka bir yerde olması durumunda, yatırımcının beyanı ile bu satım işleminin açığa satış olmayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda yatırımcı, satışı yapılan sermaye piyasası araçlarını tevdi edebilecek durumda olduğunu ve bu sermaye piyasası araçlarının takas tarihine kadar aracı kuruma iletileceğini yazılı veya herhangi bir iletişim aracı ile (faks, telefon, elektronik ortam ve benzeri) beyan ederse bu işlem açığa satış işlemi sayılmaz ve dolayısıyla açığa satış işlemlerine ilişkin sınırlandırmalara (örn. yukarı adım kuralı) tabi olmaz.

yatırım kuruluşlarıdır. MKT Yönetmeliği uyarınca temerrüt de yatırım kuruluşu tarafından Takasbank'a olan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklanmış olur. Bu durumda Merkezi Karşı Taraf Yönetmeliği'ndeki temerrüt esasları uygulanır. Örneğin MKT üyesi yatırım kuruluşu payların ödünç verene teslim yükümlülüğünde temerrüde düştüğü için, Takasbank'ın ödünç verene ilgili payı teslim etmesi şarttır. Takasbank payları piyasadan temin ederek teslim eder. Bu mümkün değilse Ödünç Pay Piyasası Uygulama Esasları Prosedürü'nde belirtilen usul ve esaslara göre hesaplanan nakit karşılığı ödenir. Görüldüğü üzere, sıkı takas ve temerrüt yükümlülükleriyle çıplak açığa satışların olumsuz sonuçları bertaraf edilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Takasbank Ödünç Pay Piyasası Yönergesi m. 1, 2, 10/4.

Yatırımcının, satışa konu sermaye piyasası araçlarının bir önceki gün satın alındığını ve dolayısıyla bu sermaye piyasası araçlarına sahip olduğunu ancak henüz takası gerçekleşmediği için satış anında aracı kurum nezdindeki hesabında görünmediğini beyan etmesi⁵², işlemin açığa satış sayılmaması için yatırımcının bulunabileceği beyana örnektir.

Görüldüğü üzere, Tebliğ m. 24/3 uyarınca yatırımcının sermaye piyasası araçlarını sakladığı kurum ile işlem yaptığı aracı kurumun farklı olması durumunda yatırımcıya kolaylık sağlamak adına hareket edilmiş ve yatırımcının başka bir saklamacı kuruluştaki sermaye piyasası araçlarının satımı emri vermesinin beyan yükümlülüğüne uyulması şartıyla açığa satış işlemi sayılmaması sağlanmıştır⁵³. Satıma konu olan sermaye piyasası araçlarının satım emrinin verildiği an itibarıyla müşterinin aracı kurum nezdindeki hesabında bulunmaması hâlinde yapılan işlemin açığa satış sayılmaması için yatırımcının takas tarihine kadar açığa satışa konu sermaye piyasası aracını aracı kuruma tevdi edebileceğine ilişkin beyanı esas alınmıştır. Müşteri bu beyanından sorumlu olduğu gibi aracı kurum da müşterinin beyanının doğruluğunu araştırmaktan sorumludur. Dolayısıyla, beyanı doğrulama yükümlülüğü aracı kurumlara yüklenmiştir⁵⁴. Ancak bu hükmün kabul edilmesi yabancı yatırımcılar için olumluyken, hükmün yerli ve yabancı yatırımcı arasında eşitsizlik yarattığı da öne sürülmektedir⁵⁵. Çünkü, uygulamada yerli yatırımcılara uygulanan bu hükmün yabancı yatırımcılara ise her zaman uygulanmadığı görülür. Zira, aracı kurum tarafından, sermaye piyasası araçları MKK nezdinde yerli saklamacılar tutulan ve müşteri bazında saklama bakiyelerine ulaşılabilen yerli yatırımcılara ilişkin söz konusu beyanın doğruluğunu tespit etmek mümkündür. Oysa, yabancı yatırımcıların saklama hizmetini ağırlıklı olarak müşteri detayı görünmeyen havuz hesaplar kullanan yabancı menşeli bankalardan almaları dolayısıyla sözü edilen beyanın doğruluğunu teyit etmek mümkün olmayabilmektedir⁵⁶. Böylece, Tebliğ m. 24 uyarınca

⁵² Başka örnekler için bkz. TSPB'nin Seri: V, No: 65 Sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma Ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliğ'e İlişkin Sorular ve Cevapları

https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2015/07/duyuru_s5no65_sorucevap.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁵³ **Karabacak**, s. 36; **Eken**, s. 18.

⁵⁴ **Eken**, s. 18.

⁵⁵ **Eken**, s. 18.

⁵⁶ **Eken**, s. 18; **Gökhan Ugan**, "Krizlerin Günah Keçisi: Açığa Satış", *Vobjektif*, Ekim 2011, s. 58, https://inforced.com/img/userfiles/files/VOBjektif21_yeni.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

işlemin açığa satış sayılmaması için gerekli beyanlarda bulunduğu hâlde işlem anı itibarıyla ilgili sermaye piyasası aracına gerçekten sahip olmayan yabancı yatırımcılar, yurtdışında düzenleme ve gözetim dışı işletilen ödünç pay piyasasında kendi aralarında işlem yapabilmeleri dolayısıyla, açığa satış takas tarihinde sermaye piyasası aracı teslim yükümlülüklerini ödünç pay ile yerine getirebilmektedirler. Böylece, yabancı yatırımcıların gerçekte açığa satış işlemi olan işlemleri açığa satış tuşuyla yapılmayarak mevzuat ihlali yapılabilmektedir⁵⁷.

2. Yukarı adım kuralı (fiyat sınırı)

Yukarı adım kuralı (*uptick rule*), hızla fiyatı düşen bir payı açığa satmayı engeller ve açığa satış emri verebilmek için payın fiyatının tekrar yukarı çıkmasını beklemeyi gerektirir. Bu kural, açığa satış kısıtlamaları arasında yatırımcılar için en sınırlandırıcı kurallardan biridir. Daha önce de belirtildiği üzere, açığa satışlarda emrin “açığa satış” olarak işaretlenmesi gerekir. Bu işaretlemeyle birlikte söz konusu işleme açığa satışlar için geçerli yukarı adım kuralı da uygulanır. Borsaya, Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ m. 29 uyarınca aracı kurum, piyasa ya da sermaye piyasası aracı bazında yukarı adım kuralı kararı alma ve düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Aynı zamanda Kurul da gerekli gördüğünde aracı kurum, piyasa ya da sermaye piyasası aracı bazında yukarı adım kuralı öngörme yetkisine sahiptir. Acığa satış işlemleri gerçekleştirilmesi suretiyle sağlıklı piyasa oluşumunun engellenmesi hâlinde de acığa satış işlemlerinde üç aya kadar bir süre için yukarı adım kuralı getirilebilir (Borsa İstanbul A.S. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi m. 6/ğ, 7/1).

Yukarı adım kuralı, acığa satısa konu sermaye piyasası aracının en son gerçekleşen işlem fiyatından daha yüksek bir fiyat üzerinden satılması; ancak, acığa satısa konu sermaye piyasası aracının en son gerçekleşen fiyatının bir önceki fiyattan daha yüksek olması halinde en son gerçekleşen fiyat düzeyinden yapılmasıdır⁵⁸ (Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 29). Şu anda Borsa İstanbul'da Yıldız Pazar'da işlem gören paylarda yukarı adım kuralı geçerli olmayıp fiyat sınırları dahilindeki her fiyattan acığa satış emri girilebilir. Ana Pazar'da işlem gören paylar ile borsa yatırım fonu katılma belgelerinde ise yukarı adım kuralı uygulaması vardır⁵⁹.

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Eken**, s. 18; **Ugan**, s. 58.

⁵⁸ Yukarı adım kuralına ilişkin aynı tanım için ayrıca bkz. Borsa İstanbul'un Borsa İstanbul A.S. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi m. 4/1-r.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Borsa İstanbul A.Ş. Pay Prosedürü paragraf 5.8.2. sayfa 94-95; Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi m. 39. Ayrıca, Borsa İstanbul tarafından, 14.03.2019 tarihli Borsa İstanbul A.S. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri *YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

3. Özsermaye Yeterliliği

Açığa satışların sakıncaları kısmında da belirtildiği üzere, bu işlemlerin riskinden ötürü, açığa satışa aracılık eden yatırım kuruluşlarının özsermaye yeterliliklerine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ m. 7 uyarınca aracı kurumların müşterileri ve/veya kendi hesaplarına açığa sattıkları payların değerinin toplamı her faaliyet için ayrı hesaplanmak üzere icinde bulunulan aydan önceki uc ay için ay sonları itibarıyla hesaplanan özsermayelerin ortalamasının iki katını geçmemelidir. Öte yandan, ortalamaya dahil olan son aya ait özsermaye rakamının ortalamadan düşük ise, limit hesaplamalarında son uc aylık özsermaye rakamlarının ortalaması yerine son aya ait özsermaye rakamı dikkate alınır. Kurul'un aracı kurumların sermayelerine ve sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelerinde yer alan sermayenin güçlendirilmesine ilişkin özel hükümleri saklıdır. Bu işlem sınırları SPK tarafından gerektiğinde düşürülebilir ya da belirli bir aracı kurumun açığa satış işlemi yapması yasaklanabilir (Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 7/4).

4. Özkaynak (Teminat) Yükümlülüğü

Açığa satış pozisyonu alındıktan sonra payların fiyatı beklenilenin tersine yükselirse yatırımcının zararının sonsuz olabileceğini belirtmiştik. Zira, bu durumda yatırımcının bu payları piyasadan alma ve ödünç verene iade etme ihtimali azalacaktır. Bu nedenle, hem yatırımcıyı hem aracı kurumu korumak adına, açığa satış işlemleri için yatırımcıdan belirli oranlarda teminat/özkaynak (*margin*) yatırması istenmekte, bu da açığa satış işlemini yatırımcılar için uzun pozisyona oranla daha maliyetli hâle getirmektedir.

Yürürlükteki Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 25/2, açığa satışlarda başlangıç teminatı olarak asgari %50 oranında, sürdürme teminatı olarak da %35 oranında özkaynak gösterme zorunluluğu getirmiştir. Bu zorunlu teminat yanında, yatırım kuruluşları da müşteriden teminat getirmesini isteyebilir (III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 34/1).

Başlangıç teminatı, ilerideki bir temerrüt durumunda temerrüt tarihinden pozisyonların kapatılmasına kadar geçen sürede meydana gelebilecek risklerin karşılanabilmesi için işlem yapılmadan önce talep edilen teminattır. Başlangıç teminatı, açığa satılacak sermaye piyasası araçlarının cari piyasa

Yönergesi m. 7/1-b,3'te "Yatırım aracında gerçekleştirilecek açığa satış işlemlerinde 3 aya kadar bir süre için yukarı adım kuralı getirilmesi" tedbiri de düzenlenmiştir.

değeri kadar nakit veya sermaye piyasası aracının pesin olarak yatırılmasını ifade eder. Yürürlükteki tebliğ ile getirilen sürdürme teminatı ise açığa satış işlemi boyunca bulundurulması gereken teminattır. Zira, belirli bir seviyeye kadar fiyat yükselmesine karşı başlangıç teminatı aracı kuruma güvence sağlar fakat bir sermaye piyasası aracının fiyatı teorik olarak sonsuza kadar artabileceğinden tek başına bu yeterli değildir. Bunun için aracı kurumlar müşterilerinin açığa satış hesaplarındaki özkaynak tutarını her iş günü itibarıyla hesaplamak ve raporlamak zorundadır (Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 26/1). Her iş günü itibarıyla hesaplanan oran sürdürme teminatı olan %35'ten düşük çıkarsa aracı kurum yazılı olarak yatırımcıya teminat tamamlama bildiriminde (*margin call*) bulunur ve yatırımcı tarafından teminat oranının tebligde ongorülen başlangıç teminat oranına (% 50) artırılmasını teminen ek teminat getirilmesi gerekir⁶⁰. Müşteri tarafından ek teminat getirilmediği takdirde, daha açık bir anlatımla teminat tamamlama bildiriminin yapıldığı andan itibaren iki iş gününü gecmemek üzere açığa satış işlemi cerceve sözleşmesinde belirlenen süre içerisinde teminatın tamamlanmaması hâlinde, aracı kurum açığa satıstan elde edilen nakdi kullanarak veya teminat olarak verilen sermaye piyasası araçlarını satarak açığa satış işlemi kapatılabilir. Bunun için müşteriye ayrıca bir ihbarname göndermesine gerek yoktur (Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 26/3).

Ayrıca Tebliğ m. 35/1 uyarınca takas yükümlülüğünü ve/veya teminat tamamlama yükümlülüğünü üç ay içinde iki defadan fazla yerine getirmeyen yatırımcılar için bu durumun aracı kurum tarafından borsaya bildirilmesi ve yatırımcıların kimlik bilgilerinin borsada ilan edilmesi yaptırımı öngörülmüştür. Ancak, temerrüt tarihinde 01.01.2021 tarihi itibarıyla 63.219 TL ve altında kalan tutarlar ya da yatırımcının net varlığının %5'ini geçmeyen tutarlar borsaya bildirilmeyebilir⁶¹.

Özkaynak kabul edilebilecek kıymetlerin kapsamı Kurul'un çıkardığı Seri:V, No: 137 sayılı Tebliğ⁶² ile genişletilmiştir. Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 12'de gösterilen kıymetlere, borsa yatırım fonu katılma payları eklenmiş ve önceden "A ve B tipi fonlar" şeklinde sınırlanan özkaynak kıymeti "yatırım fonu katılma payları" olarak düzenlenmiştir.

⁶⁰ Teminat hesaplamasına ilişkin bkz. **Karacan**, s. 298.

⁶¹ Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 35/1'deki 10.000 TL olan tutar, 1.1.2022 – 31.12.2022 tarihleri arasında 63.219 TL olarak yeniden değerlemeye tabi tutulmuştur. Bkz. Kurul'un 30/12/2021 tarih ve 2021/65 sayılı kararı.

⁶² RG. T. 05/03/2021, S. 31414.

Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 9/5'e göre aracı kurumlar tarafından emri veren müşterinin nakit yükümlülüğünü yerine getirecek mali güce sahip olduğu hususunda gerekli araştırmaların yapılmış, müşteriyi tanıma kuralı⁶³ çerçevesinde müşterinin borcunu karşılar tutarda, likiditesini dikkate alarak malvarlığı ve ödeme gücü olduğuna dair tevsik edici belgelerle kredi komitesinin olumlu görüşünün alınmış ve yönetim kurulu kararı ile limit tanınmış olması durumlarında takas süresini asmamak üzere herhangi bir teminat almaksızın alım emri kabul edilebilir. Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi'nin 39. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Kurul'un kredili alım ve acığa satışla ilgili düzenlemeleri uyarınca müşterinin malvarlığı ve ödeme gücü dikkate alınarak belirlenmiş istisnalar kapsamında teminat almaksızın alım emri kabul edilebilmesine yönelik hükümler yalnızca Yıldız Pazar'da yer alan paylar için uygulanır⁶⁴.

5. Kişilere Özgü Açığa Satış Yasakları

Ortaklıkta içeriden öğrenen konumundaki ilişkili kişilerin ortaklıkla ilgili olumsuz içsel bilgileri, bilgiler kamuya duyurulmadan kullanması yoluyla ortaklık paylarını açığa satıp haksız kazanç elde etmelerini önlemek amacıyla, Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 30'da sayılan kişilere açığa satış yasağı getirilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, *“sermaye piyasası aracı ihrac eden şirketin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey personeli ve %10 veya daha fazla paya sahip ortakları ile bu kişilerle birlikte hareket ettiği tespit edilen kişiler ve bu kişilerin es ve velayeti altında bulunanların söz konusu ihracının sermaye piyasası aracında acığa satış işlemi yapmaları yasaktır”*.

Bunun yanında, 14.03.2019 tarihli Borsa İstanbul A.S. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi m. 6 uyarınca, *“acığa satış işlemleri gerçekleştirilmesi suretiyle sağlıklı piyasa oluşumunun engellenmesi [...] suretiyle Borsa işlemlerinin güvenilir, seffaf, etkin,*

⁶³ Tebliğ'de müşteriyi tanıma kuralı için yürürlükten kalkan Seri:V, No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinin 12. maddesine atıf yapılmaktadır. Bu atfı, yürürlükteki III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ m. 29 olarak anlamak gerekir. Görüldüğü üzere Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ öncel sermaye piyasası mevzuatıyla uyumlu değildir.

⁶⁴ Ayrıca bkz. Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi'nin 39/5: *“Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi kollektif yatırım kuruluşları ile emeklilik fonlarına ilişkin işlemlerde Kurul'un kredili alım ve acığa satışla ilgili düzenlemeleri uyarınca müşterinin malvarlığı ve ödeme gücü dikkate alınarak belirlenmiş istisnalar kapsamında teminat almaksızın alım emri kabul edilebilmesine yönelik hükümleri Ana Pazar'da yer alan paylar için de uygulanabilir”*.

istikrarlı, adil, durust ve rekabetçi bir şekilde gerçekleşmesinin ve sağlıklı fiyat ve piyasa tesekkül etmesinin engellendiğine veya ihlallere sebebiyet verildiğine dair guclu emareler oluşması durumunda onleyici tedbirler alınabilir”. Anılan yönerge m. 7/1-a,1’e göre, bu tedbirlerden biri de Borsa İstanbul tarafından yatırımcının açığa satış işlemlerinin (ve kredili işlemlerin) altı aya kadar kısıtlanabilmesidir. Yatırımcı bazında alınabilen bu önlem yanında yatırım aracı bazında da açığa satış kısıtlaması yapılabilir. Anılan yönerge m. 7/1-b,4 uyarınca, Borsa İstanbul tarafından, yatırım aracı bazında da açığa satış ve kredili işlemlerin üç aya kadar bir süre için kısıtlanması kararı verilmesi mümkündür.

Açığa satış işleminin piyasa manipülasyonu amacıyla kullanılabileceğini ve bunun açığa satış işleminin sakıncalarından biri olduğunu belirtmiştik⁶⁵. SPK’nın V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği⁶⁶ m. 18/1-b uyarınca, Kurul tarafından yapılan incelemelerde, SerPK’nın 106. ve 107. maddelerinde sayılan fiillerin islendigiine dair makul suphe bulunduğunun tespit edilmesi halinde, ilgili gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ve ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak; yatırımcı ve/veya sermaye piyasası aracı bazında kredili alım, açığa satış, odunc alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesine karar verilebilir.

Kolektif yatırım kuruluşlarından yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları için de açığa satış yasakları mevcuttur. Borsa yatırım fonları, gayrimenkul yatırım fonları ve girişim sermayesi yatırım fonları dışındaki yatırım fonlarına uygulanan III-52.1 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği⁶⁷ uyarınca yatırım fonları açığa satış ve kredili menkul kıymet işlemi yapamaz (III-52.1 sayılı Tebliğ m. 24/4). Kendi tebliğleri ile düzenlenen borsa yatırım fonları, gayrimenkul yatırım fonları ve girişim sermayesi yatırım fonları da açığa satış işlemleri yapamazlar⁶⁸. Gayrimenkul yatırım ortaklıkları da sermaye piyasası araçlarını açığa satamazlar⁶⁹. Menkul kıymet yatırım ortaklıklarının da (hem sabit sermayeli hem de

⁶⁵ Bkz. Yukarıda, “V. Açığa Satış İşleminin Sakıncaları”.

⁶⁶ RG. T. 21/1/2014, S. 28889.

⁶⁷ RG. T. 9/7/2013, S. 28702.

⁶⁸ Bkz. III-52.4 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Tebliğ m. 23/1; III-52.2 sayılı Borsa Yatırım Fonlarına İlişkin Tebliğ m. 17/15 ve III-52.3 sayılı Gayrimenkul Yatırım Fonlarına İlişkin Tebliğ m. 18/f.

⁶⁹ III-48.1 sayılı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği m. 22/o.

değişken sermayeli olanlar) açığa satış yapamayacakları belirtilmiştir⁷⁰. Ancak girişim sermayesi yatırım ortaklığı açısından faaliyet sınırlamasına yönelik benzer bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Girişim sermayesi yatırım fonları için açığa satış yasağı söz konusuysen girişim sermayesi yatırım ortaklıkları için böyle bir düzenlemeye yer verilmemesinin bilinçli bir tercih olup olmadığı açık değildir.

Halka arzın ya da şirket birleşme ve satın almaları gibi önemli kararların açıklandığı durumlarda o şirketin paylarının açığa satışları yasaklanabilmektedir. Mevzuatımızda da Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 15/1 son cümlede aracı kurumların, Kurul kaydına alınan sermaye piyasası araçlarının halka acılma amacıyla borsada satış sureti ile yapılan halka arzlarında, söz konusu sermaye piyasası araçlarıyla ilgili açığa satış işlemi yapamayacakları düzenlenmiştir. Öncelikle burada artık 6362 sayılı SerPK ile sermaye piyasası araçlarının ihraç ve halka arzında kurul kaydına alma işleminin kaldırıldığını, bunun yerine izahnamenin Kurul tarafından onaylanmasının söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Görüldüğü üzere anılan tebliğ SerPK ve ilgili mevzuata uyumlu değildir. Bu nedenle anılan maddedeki, kurul kaydına alınan sermaye piyasası araçlarını, izahnamesi onaylanan sermaye piyasası araçları olarak anlamak yerinde olur.

6. Piyasa Yapıcılarına Özgü Muafiyetler

Piyasa yapımcılarının açığa satışlardaki bazı sınırlamalardan muafiyeti söz konusudur. Piyasa yapımcı görevlendirildiği sermaye piyasası aracının piyasasının durust, düzenli, etkin çalışmasını sağlamak ve ayrıca likiditeye katkıda bulunmak için borsa tarafından belirlenen olcutlere uygun olarak yetkilendirilen yatırım kuruluşlarıdır⁷¹. Piyasa yapımcı, görevlendirildiği sermaye piyasası araçlarında kendi namına ve hesabına kotasyon veya alıs ve satış emirleri vererek piyasa oluşmasına ve işlem gerçekleşmesine

⁷⁰Bkz. III-48.5 sayılı Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği m. 23/d, 64/d.

⁷¹ Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi m. 4/ö. Piyasa yapımcılarda aranan şartlar Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi m. 12'de gösterilmiştir. “*Piyasa yapımcılık temel kriterlerini sağlayan üyelerden bir menkul kıymette piyasa yapımcılık faaliyetinde bulunmak amacıyla yaptığı başvuru Borsa İstanbul Yönetim Kurulu tarafından kabul edilen ve “Borsa İstanbul Pay Piyasası Piyasa Yapıcılık Taahhütnamesini imzalayarak faaliyete başlayan üyedir. Piyasa yapımcıdan beklenen görev; sürekli işlem için yeterli derinliği olmayan, halka açık piyasa değeri düşük olan menkul kıymetlerde oluşabilecek kısa süreli arz-talep dengesizlikleri sonucu meydana gelebilecek aşırı fiyat hareketlerini önlemek, piyasaya sürekli likidite sağlamak, böylelikle sürekli işlem ortamının etkin bir şekilde gelişmesine katkıda bulunmak olarak özetlenebilir*”. Ayrıca bkz. Piyasa Yapıcı Üyeler, <https://borsaistanbul.com/tr/sayfa/200/piyasa-yapici-uyeler> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

katkıda bulunur⁷². Bunları gerçekleştirirken piyasa yapımcılarının da açığa satış yapması mümkündür. Piyasa yapımcılarının açığa satışlarda sermaye piyasası aracını ödünç alması veya bunu belgelemesi islevlerini azaltabildiğinden, odunc işlemine veya teslimat tarihine ilişkin kolaylık sağlanmakta ve sınırlamalardan muafiyetine izin verilebilmektedir⁷³. Örneğin, borsa tarafından çift taraflı kotasyon vermek üzere yetkilendirilen piyasa yapımcılarının, portfolyerinde karşılığı bulunmayan miktardaki kotasyon satısını, kotasyon alısından önce gerçekleştirdiği işlemler Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ çerçevesinde açığa satış olarak kabul edilmemektedir (Seri V: No: 65 sayılı Tebliğ m. 24/son).

Fiyat oluşumuna ve likidite yaratmaya yardım eden piyasa yapımcıları tarafından gerçekleştirilen açığa satış işlemlerinin belirli koşullar altında piyasa dolandırıcılığı sayılmayacağı da kanun seviyesinde düzenlenmiştir. Buna göre, SerPK m. 108/1-c uyarınca, Kurul'un SerPK kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi piyasa dolandırıcılığı sayılmaz.

7. Açığa Satış Bildirimleri ve Şeffaflık Düzenlemeleri

Sermaye piyasalarında açığa satış işlemleri şeffaflaştırılarak, bu işlemlerin manipülatif amaçlarla kullanılması engellenmeye çalışılmaktadır. Piyasadaki açığa satış işlemlerinin düzenli olarak yetkili otoriteye bildirilmesi ve/veya kamuya açıklanması yoluyla şeffaflık sağlanması ve açığa satışlardan kaynaklı ani değişimlerin tespiti ile manipülasyonun önlenmesi amaçlanmaktadır.

Uluslararası Menkul Kıymet Komisyonları Orgutu (*International Organization of Securities Commissions*) IOSCO'nun bu konuda hazırladığı raporda, açığa satış işlemlerinin kamuya açıklanmasının yararları ve sakıncaları incelenmiştir. Raporda, açığa satış işlemlerine ilişkin ayrıntılı bilgilerin kamuya açıklanmasıyla kısa sürede ederinden fazla değerlendirilmiş sermaye piyasası araçlarıyla ilgili piyasaya uyarı verilmesi ile tam ve doğru bilginin piyasaya sunulması neticesinde piyasadaki fiyatları daha da aşağı çekecek söylentilerin önlenebileceği ve en nihayetinde açığa satışlarla ilgili

⁷² Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi m. 28/1.

⁷³ Altaş, s. 13.

piyasa manipülasyonunun önüne geçilebileceği belirtilmiştir⁷⁴. Öte yandan raporda, açığa satış işlemlerinin kamuya açıklanmasının açığa satış yatırımcılarını diğer yatırımcılar karşısında savunmasız bırakacağı, diğer yatırımcıların açığa satış yatırımcılarını sıkıştırabileceği (*short squeeze*)⁷⁵, yatırım stratejilerinin açık edilmesi nedeniyle yatırımcıları açığa satış işlemleri yapmaktan caydırabileceği, piyasa maliyetlerini artıracacağı ve piyasa likiditesini azaltacağı yönünde eleştiriler de mevcuttur⁷⁶. Aşağıda, açığa satış bildirimlerine ve açığa satışlarda şeffaflığa ilişkin ABD, AB ve ülkemiz düzenlemeleri incelenmeye çalışılacaktır.

A. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Düzenlemeler

ABD'de Dodd-Frank Kanunu m. 417(a)(2)(A) uyarınca ABD sermaye piyasası otoritesi SEC, açığa satış pozisyonu ve işlemin raporlanması üzerine iki çalışma yapmıştır. SEC'in bu konuda hazırladığı açığa satış pozisyonu ve açığa satış işlemlerinin bildirilmesine ilişkin raporda, piyasalarda işlem gören payların açığa satış pozisyonlarına ilişkin kamuya açık olmayan ve sadece SEC ve Finansal Piyasa Düzenleme Otoritesi (Financial Industry Regulation Authority) FINRA'ya yapılan bildirimler ile eş zamanlı kamuya açık yapılan, yatırımcıların kimliklerini de ilan eden bildirimler karşılaştırılmıştır. Raporda, kamuya açık yapılan, yatırımcıların kimliklerinin de açıklandığı bildirimlerin fayda/maliyet oranının düşük olduğu belirtilmiştir. Yalnızca SEC ve FINRA'ya yapılan bildirimlerin de açığa satışlara ilişkin piyasa manipülasyonunun tespit edilmesi bakımından yeterli olduğu raporlanmıştır⁷⁷. Buna göre, ABD'de SHO düzenlemesinin 200. maddesi, tüm payların satışına ilişkin bildirim yükümlülükleri öngörmektedir. SHO'nun 200(g) maddesi, bir satış emrinin uzun pozisyon, açığa satış ya da açığa satıştan muaf olarak işaretlenmesini düzenlemektedir. FINRA Kuralları'nın 4560. maddesi ise müşteri ya da aracı kurum hesaplarındaki toplam açığa satış işlemlerinin kaydının tutulmasını ve düzenli olarak FINRA'ya raporlanmasını öngörmektedir⁷⁸. Bunların

⁷⁴ Açığa Satışlarda Şeffaflık Raporu, Sermaye Piyasası Komisyonlarının Uluslararası Organizasyonu Teknik Komite Raporu, IOSCO, Haziran 2003, s. 14-15.

⁷⁵ Açığa satış yatırımcılarının sıkıştırılmasına ilişkin bkz. yukarıda "IV. Açığa Satış İşleminin Sakıncaları".

⁷⁶ Açığa Satışlarda Şeffaflık Raporu, Sermaye Piyasası Komisyonlarının Uluslararası Organizasyonu Teknik Komite Raporu, IOSCO, Haziran 2003, s. 15.

⁷⁷ Bkz. "Short Sale Position and Transaction Reporting Report", 5 Haziran 2014, s. 111 <https://www.sec.gov/files/short-sale-position-and-transaction-reporting%2C0.pdf> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁷⁸ Bkz. FINRA kuralları, <https://www.finra.org/rules-guidance/rulebooks/finra-rules/4560> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

haricinde, açığa satış yatırımcılarının kimliklerini ifşa eden bir raporlama mevcut değildir⁷⁹.

B. Avrupa Birliği'ndeki Düzenlemeler

Avrupa Birliği'nde 1 Kasım 2012 tarihinden bu yana yürürlükte olan 236/2012 sayılı açığa satış işlemlerine ilişkin düzenlemesi⁸⁰, açığa satışlara ilişkin kuralları belirtir⁸¹. Bu düzenlemeyle, belirli oranlardaki açığa satış işlemlerinin raporlanmasıyla ve kamuya açıklanmasıyla birlikte daha şeffaf bir sistem yaratılmıştır⁸².

236/2012 sayılı düzenleme, yatırımcıların, Avrupa Ekonomik Alanı'ndaki (*European Economic Area- EEA*) sermaye piyasası araçlarına ilişkin belirli büyüklükteki açık pozisyonu bildirmesini ve açıklamasını gerektirir. Pay piyasasındaki açığa satışlara ilişkin düzenleme, iki aşamalı bir bildirim sistemi öngörür: yalnızca sermaye piyasası otoritesine yapılan bildirimler ve kamuya yapılan bildirimler. Yalnızca sermaye piyasası otoritesine yapılan bildirimler kamuya açıklanmaz, sahip olunan net açık pozisyonun sadece ilgili düzenleyici otoriteye bildirimidir. Kamuya yapılan bildirim ise net açık pozisyonun ilgili düzenleyici otoriteye bildirilmesi ve düzenleyici otorite tarafından da bu bilginin merkezi internet sitesinde yayınlaması, böylece kamuya duyurulmasıdır (236/2012 sayılı AB Düzenlemesi m. 9/4). Örneğin Almanya'da, yalnızca sermaye piyasası otoritesine yapılan bildirim sermaye piyasası otoritesi BaFin'e yapılır⁸³. Kamuya açık bildirimler ise BaFin'e yapılır ve sonra internet sitesinde ve

⁷⁹ ABD'de yatırımcıların kimliklerini de ifşa eden kamuya açık bildirim zorunluluğu getirilmesi durumunda bunun Avrupa Birliği'ndeki düzenleme gibi yatırımcıları açığa satışlardan caydıracağına ve açığa satış yatırımcılarının sıkıştırılmasının önünü açacağına ilişkin bkz. John Heater/Ye Liu/Qin Tan/Frank Zhang, Mandatory Short Selling Disclosure Could Lead to Investor Herding Behavior, Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets, 23 Eylül 2021.

⁸⁰ Bkz. Regulation (EU) No 236/2012 of The European Parliament and of The Council on short selling and certain aspects of credit default swaps, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0236> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁸¹ Bu düzenlemenin yanında, bazı uygulama yönetmelikleri de teknik ayrıntılara açıklık getirir. Bkz.: Commission Delegated Regulation (EU) No 826/2012; Commission Implementing Regulation (EU) No 827/2012; Commission Delegated Regulation (EU) No 918/2012; Commission Delegated Regulation (EU) No 919/2012 (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁸² Bu konuda bkz. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-markets/securities-markets/short-selling_en (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁸³ 236/2012 sayılı AB Düzenlemesi uyarınca AB ülkelerindeki yetkili otoriteler için bkz. https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/short_selling.pdf

Alman Federal Gazetesi'nde yayınlanır⁸⁴. Düzenleyici otoritelerin bu bilgileri üçer aylık dönemlerde AB'nin sermaye piyasası düzenleyici kurumu olan ESMA'ya da raporlaması gerekir (236/2012 sayılı AB Düzenlemesi m. 11).

Yalnızca sermaye piyasası otoritesine yapılan bildirim, 236/2012 sayılı düzenlemenin 5. maddesinde öngörülmüştür. Anılan madde uyarınca, her gerçek ya da tüzel kişinin sahip olduğu net açık pozisyon⁸⁵ ilgili şirketin sermayesinin %0.2'si oranındaki payına tekabül ettiğinde, bu durumu yetkili sermaye piyasası otoritesine bildirilir⁸⁶. %0.2'lik oranın aşıldığı ya da bu oranın altına düştüğü her %0.1'lik eşik için de pozisyon sahibi gerçek ya da tüzel kişi tarafından ayrıca bildirim yapılır (236/2012 sayılı AB Düzenlemesi m. 5/1-2). Görüldüğü üzere bu bildirimler kamuya açıklanmayan bildirimlerdir.

Kamuya yapılan bildirim ise 236/2012 sayılı düzenlemenin 6. maddesinde yer alır. Her gerçek ya da tüzel kişinin sahip olduğu net açık pozisyonu ilgili şirketin sermayesinin %0.5'ine ulaşıyorsa bu durumda bildirim düzenleyici otorite vasıtasıyla kamuya yapılır. %0.5'lik bu eşik %0.1 oranlarında aşıyor ya da azalıyorsa yine düzenleyici otoriteye bildirim vasıtasıyla kamuya ilan edilir (236/2012 sayılı AB Düzenlemesi m. 6/1-2).

Hem kamuya açıklanan hem de yalnızca sermaye piyasası otoritesine yapılan bildirimlerde, işlemi gerçekleştiren gerçek ya da tüzel kişinin kimliği, açığa satış yapılan paya ilişkin bilgiler, işlemin tarihi ve hacmi de yer almalıdır (236/2012 sayılı AB Düzenlemesi m. 9/1).

AB'deki bu iki aşamalı bildirim sisteminin faydaları olduğu kadar sisteme yapılan eleştiriler de mevcuttur. Yalnızca sermaye piyasası otoritesine yapılan bildirim için öngörülen %0.2'lik oran ve kamuya yapılan

⁸⁴Bkz. Net açığa satış pozisyonlar için bildirim ve yayın gereklilikleri https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/BoersenMaerkte/Transparenz/Leerverkaeuft/Transparenzregelung/transparenzregelung_artikel_en.html (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁸⁵ Net açık pozisyonun hesaplandığı zaman, kişinin ilgili pozisyonu elinde tuttuğu işlem gününün sonundaki gece yarısıdır. Bildirimin ise bir sonraki gün saat 15.30'a kadar yapılması gerekir (236/2012 sayılı AB Düzenlemesi m. 9/2).

⁸⁶ ESMA, açığa satışların koronavirüs pandemisi nedeniyle artarak piyasada olumsuzluklara neden olabileceği gerekçesiyle 16.03.2020 tarihli kararında, %0.2'lik eşığı %0.1'e düşürmüştü. Kararın alındığı tarihten bu yana üç kez yenilenen bu karar, ESMA tarafından yapılan 16.03.2021 tarihli açıklama uyarınca artık yenilenmeyecek ve 19.03.2021 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacaktır. Bu konuda bkz. <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-allow-decision-reporting-net-short-position-01-and-above-expire> (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

bildirimler için öngörülen %0.5'lik oran doktrinde düşük kabul edilmekte; yalnızca sermaye piyasası otoritesine yapılan bildirimler için bunun sorun teşkil etmeyebileceği, hatta piyasaya yönelik herhangi bir tehdit anında belirli bir paydaki açığa satışların artmasının tespitinin düzenleyici otoritelere uyarı niteliğinde olduğu ve piyasanın korunması açısından önemli olduğu belirtilmektedir⁸⁷. Öte yandan, aynı husus kamuya yapılan bildirimler için kabul edilmemekte; açığa satış yatırımcısının kimliği açıklanarak yapılan bu bildirimlerin çeşitli sakıncalarından söz edilmektedir.

Öncelikle, yapılması gereken bildirimler yatırımcı açısından maliyetlidir. Zira, her bir açığa satış pozisyonunda düzenlemede öngörülen eşiklerin hesaplanması ve ona göre bildirim yapılması gerektiğinden bu durum yatırımcılar için zaman ve maliyet kaybına yol açmaktadır.

İkinci olarak, özellikle kamuya yapılan bildirimlerde açığa satış yatırımcılarının kimliklerinin de ifşa edilmesi yatırımcılar için açığa satış işleminden cayma sebebidir. Çünkü, çoğunlukla serbest yatırım fonu (*hedge fund*) ya da kurumsal yatırımcı niteliğinde olan açığa satış yatırımcıları, yatırım kararlarını önemli finansal analizler sonucunda almaktadır. Bu yatırımcıların kimliklerinin açıklanması, aynı zamanda yatırım stratejilerinin de açıklanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, açığa satış yatırımcılarının, sırf kimlikleri ifşa olmasın diye kamuya bildirimde bulunmamak amacıyla AB düzenlemesinde öngörülen %0.5'lik oranın altında net açık pozisyonlar ile işlem yaptıkları tespit edilmiştir⁸⁸. Bunun yanında, piyasada tanınan serbest yatırım fonlarının önemli finansal araştırma ve analizler neticesinde yatırım kararları aldıkları bilindiği için, diğer yatırımcıların kolay yoldan serbest yatırım fonlarının açığa satışlarla ilgili yatırım kararlarına vakıf olup bu doğrultuda açığa satış emri verdikleri görülmektedir. Bu da bir şirketle ilgili araştırma yapılmaksızın paylarının kısa sürede ve yüksek oranda açığa satılmasının önünü açmakta, o şirketin pay fiyatlarını düşürmektedir. Bunun yanında, açığa satış yatırımcılarının isimlerinin açıklanmasıyla açığa satış yatırımcılarının sıkıştırılması (*short squeeze*) risklerinin artabileceğini de belirtmek gerekir⁸⁹.

Son olarak, AB düzenlemeleriyle açığa satış bildirimlerine ilişkin belirli kurallar öngörülmüş olsa da bu kuralların icrası her üye ülkedeki düzenleyici otoritenin kendi uygulamasına bağlı olduğu ve yatırımcılar üzerinde ilave külfete neden olduğu için eleştirilmektedir. Dolayısıyla,

⁸⁷ Howell, Reporting Rules, s. 82-83.

⁸⁸ Howell, Reporting Rules, s. 82-83.

⁸⁹ Howell, Reporting Rules, s. 83; Heater/Liu/Tan/Zhang, s. 1.

örneğin bildirimlere ilişkin duyuruların her düzenleyici otoritenin kendi internet sitesinde yapılması yerine AB düzeyinde bir internet sitesinde bu bildirimlerin duyurulması ya da ESMA'nın standart bir bildirim formu hazırlayıp bildirimlerde bu formun kullanılmasının zorunlu tutulması gibi yöntemlere başvurulabileceği ifade edilmektedir⁹⁰.

C. Türkiye'deki Düzenlemeler

Mülga Seri: V No: 18 sayılı Tebliğ m. 23 uyarınca yatırımcının açığa satış emrini yazılı olarak aracı kuruluşa bildirmesi, aracı kuruluşun da bu emri borsaya iletirken açığa satış emri olduğunu açıkça belirtmesi gerekmektedir. Borsada gerçekleşen açığa satışların borsa tarafından yayınlanması da düzenlenmiştir.

Benzer düzenlemeyi yürürlükteki tebliğde de görmekteyiz. Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ'in 28. maddesi uyarınca, müşteri tarafından açığa satış emri olduğu yazılı olarak bildirilen emirlerde veya aracı kurum tarafından Tebliğ m. 24/3 kapsamında açığa satış olduğu tespit edilen emirlerde ya da aracı kurumun kendi hesabına açığa satış işlemi gerçekleştirdiği durumlarda, aracı kurum emri borsaya iletirken emrin bunun bir açığa satış emri olduğunu açıkça belirtir. Aracı kurumlar tarafından açığa satış emirleri borsaya bildirilirken, emir girişi sırasında açığa satış tuşuna basılarak emrin açığa satış olduğu bildirilmelidir. Başka bir anlatımla, açığa satış emri girmek isteyen üye, emir giriş penceresinde açığa satış seçeneğini işaretleyerek emrini girmelidir⁹¹. Görüldüğü üzere, açığa satış işlemleri hem yatırımcı hem aracı kurum tarafından bildirilmelidir. Emir girilirken açığa satış tuşu tıklanarak yapılan bu bildirim işaretleme (*flagging*) de denilmektedir. Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 28/3 uyarınca, yatırımcı ve aracı kurum, yapmakla yükümlü oldukları açığa satış bildirimlerinin yapılmamasından ayrı ayrı sorumludur.

Gün içinde sahip olunmadan satılan ve aynı gün içinde kapatılan pozisyonlara ilişkin olarak da açığa satış tuşuna basılması zorunludur⁹². Zira, daha önce de ifade edildiği üzere, sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının satılması (çıplak açığa satış) da açığa satış düzenlemesi kapsamındadır⁹³.

Açığa satış işlemleri pay bazında, gerçekleşen tüm fiyat seviyelerinde açığa satış ağırlıklı ortalama fiyat, açığa satış işlem hacmi, açığa satış

⁹⁰ Howell, Reporting Rules, s. 83.

⁹¹ Borsa İstanbul A.Ş. Pay Prosedürü, N. 5.8.4, s. 96.

⁹² Bu hususun hatırlatılmasına ilişkin bkz. SPK'nın 11.02.2021 tarih ve 7/211 sayılı ilke kararı.

⁹³ Bkz. Yukarıda, "VII, 1. Karşılığı Olmayan (Çıplak) Açığa Satış Yasağı".

sözleşme sayısı belirtilerek günlük bültenler ile ilan edilir⁹⁴. Ayrıca, pay bazında haftalık olarak en düşük açığa satış fiyatı, en yüksek açığa satış fiyatı, açığa satış işlem hacmi, açığa satış işlem adedi olarak da ilan edilir⁹⁵. Böylece, açığa satışı yapılan her bir payın açığa satış hacmiyle ilgili hem yatırımcılara hem de düzenleyici otoritelere bilgi sağlanır. Ancak, AB düzenlemelerindeki gibi açığa satış yatırımcılarının kimlikleri ilan edilmez. AB'deki düzenleme uyarınca açığa satış yatırımcılarının kimliklerinin açıklanmasına getirilen eleştirilen doğrultusunda, ülkemizde açığa satış yatırımcılarının kimliklerinin bültenlerle kamuya açıklanmaması, bu işlemlerin piyasaya sağladığı yararları artırması açısından yerindedir.

Açığa satış bildiriminde bulunmadan açığa satış işlemi yapanlara, Kurul tarafından 20.000,00 TL'den 250.000,00 TL'ye kadar idari para cezası verilir (SerPK m. 103/1). Fakat, yukumluluge aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması halinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz. 20 Şubat 2020 tarihli 7222 sayılı Kanun m. 36 ile ayrıca, tüzel kişilere, aykırılığın ağırlığı ve etkilediği mağdur sayısı dikkate alınarak asgari miktardan az olmamak üzere bağımsız denetimden geçmiş yıllık finansal tablolarında yer alan brut satış hasılatının %1'i ile vergi öncesi karının %20'sinden yüksek olanına kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir⁹⁶. Böylece, tüzel kişi yatırımcılar ve aracı kurumlar için idari para cezası ağırlaştırılmıştır.

⁹⁴ Bkz. <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/468/pay-piyasasi-verileri-bulten-verileri> ; (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁹⁵ Borsa İstanbul A.Ş. Pay Prosedürü, N. 5.8.4, s. 96. Ayrıca bkz. Borsa İstanbul A.Ş. pay piyasası verileri <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/303/pay-piyasasi-verileri-piyasa-verileri> (Erişim Tarihi: 06.01.2022). Türkiye'de açığa satışlar işlem hacmi olarak izlenir. Açığa satış emirleri Borsa İstanbul'a bildirilir; ancak açığa satış pozisyonlarını kapatan alım işlemlerinin bildirim yapılmaz. Bu nedenle, belirli bir açığa satış pozisyonunun kapatılıp kapatılmadığı bilgisine ulaşmak mümkün olmaz. Ülkemizde uygulanan açığa satış emirlerinin bildirim yükümlülüğü, yalnızca başta verilen satım emrinin bildirim olduğu ve daha sonra pozisyonun kapatılması için verilen alım emirlerinin bildirim yapılmadığı için, söz konusu açığa satış pozisyonunun kapatılıp kapatılmadığını göstermediği; oysa açığa satış işlemlerinin riskinin doğru değerlendirilebilmesi için bu bilginin de gerekli olduğu hususunda bkz. Ugan, s. 60-61.

⁹⁶ Nitekim, SPK'nın 13.07.2020 tarihli duyurusu uyarınca, sermaye piyasası düzenlemelerine aykırı olarak gerçekleştirilen açığa satış işlemlerine ilişkin incelemeler sonucunda, 7 aracı kurum ve 18 yatırımcıya idari para cezası uygulanmıştır. SPK'nın 26.11.2020 tarihli ve 2020/73 sayılı kararında da 27 aracı kuruma ceza verildiği duyurulmuştur. SPK'nın 01.04.2021 tarihli ve 2021/17 sayılı bülteninde de, on yabancı yatırımcıya, verilen satım emrinin açığa satış olduğunun emrin verilmesi esnasında aracı kuruma bildirilmemesi suretiyle usulsüz açığa satış işlemlerinde bulunulması ve dolayısıyla

8. Diğer Sınırlamalar

Yalnızca açığa satırlara ilişkin öngörölme de açığa satırların yol açabileceği sakıncaların engellenmesi için de başvuru, piyasanın bozulmasını önleyici devre kesici uygulamasına, takas yönteminin değiştirilerek brüt takas uygulamasına geçilmesine, volatilitte bazlı tedbir sistemi uygulamalarına ve de Borsa İstanbul'a özgü bazı seanslarda açığa satış yapılamamasına veya bazı emir türlerinin açığa satış olarak girilememesine de kısaca değinmek gerekir.

Devre kesici (*circuit breaker*) uygulamasında, payların fiyatı hızla değiştğinde panik satırlarını geciktirmek için işlemler geçici olarak durdurulmaktadır. Fiyat değişimi borsa tarafından belirlenmiş eşik değere ulaştığında veya bu değeri aştığında, işlemler otomatik olarak geçici olarak durmaktadır⁹⁷. Açığa satırlar açısından önemi, sermaye piyasası araçlarında belirlenen eşige ulaşan ya da bu eşige aşan fiyat düşüşlerinde işlemler otomatik olarak durdurulduğu için açığa satırları önleyerek, açığa satırlar sonucu fiyatların daha da aşağı çekilmesini engellemesidir. Ülkemizde, 10.01.2011 tarihinde otomatik seans durdurma sistemine başlanmıştır. 30.11.2015 tarihinden itibaren ise otomatik seans durdurma sistemi BISTECH geçişi ile birlikte yürürlükten kaldırılmış, yerine devre kesici uygulaması getirilmiştir⁹⁸. 10.08.2020 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere, pay bazında devre kesici sistemine ilave olarak, endekse bağlı devre kesici sistemi (EBDKS) devreye alınmıştır⁹⁹. Devre kesici Borsa İstanbul'da farklı pazarlarda farklı değişim oranlarına göre tetiklenmektedir¹⁰⁰.

Brüt takas uygulamasında, takas yöntemi değiştirilerek açığa satırların önüne geçilmektedir. Daha önce açığa satırların sakıncalarından birinin piyasa dolandırıcılığı suçuna yol açması olduğu belirtilmişti¹⁰¹. Piyasa dolandırıcılığı suçundaki tedbirlerden biri de takas yönteminin değiştirilerek brüt takas uygulamasına geçilmesidir. Zira, Kurul, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarında sayılan fiillerin işlendiğine dair makul şüphe

Seri:V, No:65 sayılı Tebliğ'in 24. ve 28. maddelerine aykırılık nedeniyle ceza kesildiği duyurulmuştur.

⁹⁷ Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası Yönergesi m. 27.

⁹⁸ Bkz. Borsa İstanbul A.Ş. pay piyasası işleyişi <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/493/pay-piyasasi-piyasa-isleyisi> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

⁹⁹ Borsa İstanbul A.Ş. Pay Prosedürü, N. 5.3.4, s. 80.

¹⁰⁰ Devre kesici tetikleme oranları için bkz. <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/493/pay-piyasasi-piyasa-isleyisi> (Erişim Tarihi: 25.08.2021).

¹⁰¹ Bkz. Yukarıda, "V. Açığa Satış İşleminin Sakıncaları".

bulduğunu tespit ederse, yatırımcı veya sermaye piyasası aracı bazında brüt takas uygulamasına geçilmesine karar verebilir (V-101.1 sayılı Tebliğ m. 18/1-a). Acığa satış işlemleri gerçekleştirilmesi suretiyle sağlıklı piyasa oluşumunun engellenmesi hâlinde de yatırımcının takas yükümlülüklerine altı aya kadar; sermaye piyasası aracında üç aya kadar brut takas zorunluluğu getirilebilir (Borsa İstanbul A.S. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yonergesi m. 6/ğ, 7/1). Kural olarak, takas uygulaması netleştirme esasına göre yapılmaktadır. Netleştirme uygulaması, örneğin bir payda gün içinde alım satım gerçekleştiren bir yatırımcının gün sonunda netleştirmeye tabi tutulması, satış toplamı alış toplamına mahsup edilerek T+2 takas gününde getirmesi gereken pay ya da nakit borcunun tespit edilmesidir. Kurul kararı sonucu netleştirme esas kaldırılan paylarda brüt takas uygulamasına geçilir ve bu paylarda alım yapmak isteyen yatırımcının işlem anında hesabında alımı karşılayacak tutarda nakit, satım yapmak isteyen yatırımcının da satımı karşılayacak miktarda sermaye piyasası aracı bulundurması gerekir¹⁰². Bu nedenle, brüt takas uygulamasına giren sermaye piyasası araçlarında açığa satış mümkün olmaz. Zira, yatırımcının hesabında olmayan sermaye piyasası aracının satım emri verilemez. Aynı gün (günlük) alım-satım yapılması mümkün değildir. Böylece, piyasa dolandırıcılığı şüphesi bulunan hâllerde Kurul'un yatırımcı ya da sermaye piyasası aracı bazında brüt takas uygulamasına geçmesiyle, açığa satışlar engellenmiş olur¹⁰³.

Volatilite Bazlı Tedbir Sistemi Borsa İstanbul pay piyasasında, fiyatlardaki yüksek fiyat oynaklığının getirdiği risklerden yatırımcıların korunması amacıyla devreye alınmıştır. Fiyat oynaklığının yüksek olduğu durumlarda uygulanacak beş kademeli tedbirlerden ilki bir ay süreyle birinci seviye açığa satış ve kredili işlem yasağı tedbiridir¹⁰⁴.

¹⁰² Tekin Memiş/Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2020, s. 201, dn. 282.

¹⁰³ 01/10/2020 tarihinde devreye alınan Pay Piyasası yeni pazar kurallarına göre Alt Pazar, Yakın İzleme Pazarı ve Piyasa Öncesi İşlem Platformu'nda takas işlemleri brüt takas esaslarına göre gerçekleştirilmektedir. Brüt takas, Yıldız Pazar ve Ana Pazar'da, Borsa İstanbul ve SPK tarafından getirilen tedbir uygulamalarına bağlı olarak pay bazında süreli olarak uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/493/pay-piyasasi-piyasa-isleyisi> ve <https://www.borsaistanbul.com/files/borsa-istanbul-as-pay-piyasasi-yonergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

¹⁰⁴ BIST 2021/77 sayılı duyurusuyla, 15.11.2021 tarihinden itibaren üç kademe olan tedbir sistemi beş kademeye çıkarılmış ve tedbir süreleri 15 günden 1 aya uzatılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/334/volatilite-bazli-tedbir-sistemivbts> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

Son olarak, Borsa İstanbul pay piyasasında bazı emir türlerinin açığa satış olarak girilemeyeceği, bazı seanslarda da açığa satış yapılamayacağı düzenlenmiştir¹⁰⁵.

VIII. Değerlendirme ve Sonuç

Açığa satışlar, finansal kriz anlarında ilk yasaklanan ya da sınırlandırılan sermaye piyasası işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sermaye piyasası skandallarından da sıkça duyduğumuz bu işlem piyasa manipülasyonu ile ilişkilendirilmekte, açığa satış yatırımcılarının sıkıştırılması gibi piyasa bozucu eylemlerde rol oynadığı ve uzun pozisyona göre daha riskli olduğu için düzenleyici otoriteler tarafından kontrol altında alınmaya çalışılmaktadır. Öte yandan, piyasa likiditesi sağlanması, ederinden fazla fiyatlanmış sermaye piyasası araçlarıyla ilgili piyasaya bilgi vermesi ya da diğer yatırım yöntemlerinin risklerinden korunmayı sağlaması gibi yararları da bulunduğu için tamamıyla ve kalıcı olarak yasaklanmamaktadır.

Açığa satışlar, genel bir ifadeyle sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının satılması (karşılığı olmayan, çıplak açığa satış) olarak ifade edilmektedir. Sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının ödünç alınarak satılması da açığa satıştır (karşılığı olan açığa satış). Açığa satış pozisyonunda yatırımcı, ileride fiyatın düşeceği inancıyla şimdiden, fiyatlar yüksekken, portföyünde olmayan sermaye piyasası aracını ödünç alarak satmayı, umduğu şekilde fiyatlar düşünce de düşük fiyattan bu araçları satın alıp ödünç verene teslim etmeyi amaçlamaktadır. Ülkemizde hem karşılığı olan hem de karşılığı olmayan açığa satış düzenleme kapsamındadır. Karşılığı olmayan açığa satışlar, açığa satış pozisyonunun aynı gün kapatılması durumunda takas yükümlülüğü doğurmamaktadır. Ancak aynı gün kapatılmayan açığa satış pozisyonlarında temerrüt oluşmaması için açığa satılan sermaye piyasası araçlarının ödünç alınması gerekir. Ülkemizde ödünç pay piyasası ödünç işlemlerinin gerçekleştirilmesine yardımcı olmakta, Takasbank'ın bu piyasada merkezi karşı taraf rolünü üstlenmesi de olası temerrüt risklerini bertaraf etmeye yaramaktadır.

Açığa satış işlemlerine çeşitli sınırlamalar getirilmektedir. Açığa satışlarda yukarı adım kuralı, aracı kurumların özsermaye yeterliliğinin aranması, yatırımcılardan teminat talep edilmesi, ilişkili kişilere getirilen açığa satış yasağı, devre kesici uygulaması, brüt takas uygulaması, volatilité bazlı tedbir sistemi gibi sınırlamalar ülkemizdeki sınırlamalardır. Açığa

¹⁰⁵ Bkz. Borsa İstanbul Pay Prosedürü <https://borsaistanbul.com/files/pay-piyasasi-proseduru.pdf> (Erişim Tarihi: 06.01.2022).
YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)

satışların yararları nedeniyle tamamıyla ve kalıcı olarak yasaklanmaksızın bu şekilde sınırlandırılmasının yerinde ve modern sermaye piyasası düzenlemeleriyle paralel olduğu kanaatindeyiz.

Dünya sermaye piyasalarında, açığa satışlarda şeffaflığın sağlanabilmesi için bu işlemlerin düzenleyici sermaye piyasası otoritesine raporlanması ve/veya kamuya açıklanmasına yönelik düzenlemeler vardır. Açığa satış işlemlerinin yetkili sermaye piyasasına raporlanması bu işlemlerin kontrol altında tutulabilmesi için yerindeyken, özellikle açığa satış yapanların kimliğinin kamuya açıklandığı uygulamalar, açığa satış yatırımcılarının yatırım kararlarını ifşa etmesi ya da açığa satışıların sıkıştırılmasına (*short squeeze*) imkan vermesi nedenleriyle eleştirilmektedir. Bu nedenle ülkemizde açığa satış yatırımcılarının kimliklerinin kamuya ilan edilmemesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan ülkemizde açığa satış işlemlerinin borsaya bildirilmesi gerekmektedir. Zira, açığa satışlara ilişkin yasak ve sınırlamaların uygulanabilmesi için açığa satış işleminin bildirim şarttır. Bu bildirim emir verilirken açığa satış tuşunun işaretlenmesiyle yapılır. Karşılığı olmayan açığa satışlar da ülkemizde düzenleme kapsamında olduğundan, sahip olunmayan sermaye piyasası araçları satılıyorsa, burada da satış açığa satış tuşu işaretlenmelidir. Açığa satış pozisyonu gün içinde kapatılacak olsa da bu yükümlülüğe uyularak işlem yapılmalıdır. Zira, esasen açığa satış olan bir işlemin, açığa satış tuşu işaretlenmeden gerçekleştirilmesi durumunda açığa satışlar için öngörülen yasakların ve sınırlamaların uygulanması mümkün olmaz. Kurul da açığa satışları sınırlandırdığı duyurularında, gün içinde açığa satış tuşuna basılmadan yapılan ve aynı gün içinde kapatılan pozisyonların sınırlama ve yasak kapsamında olduğunu hatırlatmaktadır. Bu kurala uyulmadan işlem yapıldığının tespiti hâlinde yatırımcılara ve aracı kurumlara idari para cezası verilmektedir.

Belirli sermaye piyasası araçlarının açığa satılması mümkündür ancak en çok payların açığa satıldığı görülür. Ülkemizde Yıldız Pazar ve Ana Pazar'da işlem gören paylar ve borsa yatırım fonu katılma belgeleri açığa satış işlemine konu olabilir. Ancak Kurul'un gerekli gördüğü durumlarda belirli pay endeksleri dışında açığa satışlar yasaklanmaktadır.

Açığa satışlar ülkemizde 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu döneminde 2003 yılında çıkarılmış Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ ile düzenlenmektedir. Anılan tebliğ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuatla uyumlu değildir. Açığa satışa aracılık hizmetinin hukuki niteliğinde açıklık bulunmaması hususu başta olmak üzere uyumsuzluklar göze çarpmaktadır. Bu nedenle, yaklaşık on dokuz yıldır yürürlükte olan

Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ yerine sermaye piyasası mevzuatımızla uyumlu güncel bir açığa satış düzenlemesi öngörülmesi gerektiği; bunun sermaye piyasasının teknik ve dinamik yapısına uygun olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akın** Nesrin , Sermaye Piyasası Hukukunda Açığa Satış İşlemleri, I. Ticaret Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, Aristo Yayınevi, İstanbul, Mayıs 2021.
- Aksoy** Mine, Açığa satış, menkul kıymet ödünç işlemleri, Türkiye ve Dünya uygulamalarının karşılaştırılması, Kadir Has Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- Aksoy** Mine/**Kurun** Engin, “Hisse Senetlerinde Açığa SATIŞ İşleminin Alternatifi Olarak Opsiyon Sözleşmelerinin Kullanımı ve Türk Sermaye Piyasası İçin Öneriler”, Maliye ve Finans Yazıları, Y. 26, S. 94, Ocak 2012, s. 43-68.
- Altaş** Gökben, “Açığa Satış”, Sermaye Piyasasında Gündem, Sayı 101, Ocak 2011, s. 8-22.
- Ata** Özlem, Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satım Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, İstanbul 2020.
- Bernal** Oscar/**Herinckx** Astrid/**Szafarz** Ariane, “Which Short-Selling Regulation Is the Least Damaging to Market Efficiency? Evidence from Europe” International Review of Law and Economics, Vol. 37, 244-256, 2014, s.1-45.
- Chohan** Usman W., “Counter-Hegemonic Finance: The Gamestop Short Squeeze”, January 28, 2021, s. 1-6.
- Colella** Frank G., “Pinch-Hitting for the IRS: Second Circuit Adopts Phantom Regulations to Curb a Monster Abuse of Financial Derivatives”, 4 Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev. 26, 2020, 1-33.
- Çakın** Tuğba, Impacts of Short Selling Restrictions on Stocks Traded At Borsa İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Diamond** Douglas W./**Verrecchia** Robert E., “Constraints on Short-Selling and Asset Price Adjustment to Private Information”, Journal of Financial Economics 18, 1987, s. 277-311.
- Eken** Tayfur, “Küresel Finansal Krizden Sonra Açığa Satış Düzenlemeleri ve İMKB Üzerine Bir Çalışma”, SPK Yeterlik Etüdü, Mart 2013.
- Evik** Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araclarının Degerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipulasyon) Suçları, Ankara 2004.

- Fıkırkoca Asena Ekin/Altaş Gökben**, Short Selling of Securities in Turkey, TSPB Publication, Haziran 2015.
- Heater John/Liu Ye/Tan Qin Zhang Frank**, “Mandatory Short Selling Disclosure Could Lead to Investor Herding Behavior”, Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets, 23 Eylül 2021.
- Howell Elizabeth**, “Short Selling Reporting Rules in the EU and the US: A Greenfield Area” European Company Law Volume 12, Issue 2, 2015, s. 56-88. (*Reporting Rules*)
- Howell Elizabeth**, “Short Selling Restrictions in the EU and the US: A Comparative Analysis”, Journal of Corporate Law Studies 333, 16 (2), 2016, s. 1-38. (*Short Selling Restrictions*)
- Howell Elizabeth**, “The Regulation of Short Sales: A Politicised Topic”, Law and Financial Markets Review, 12:4, 2018, s. 1-11.
- Karabacak Serkan**, “Açığa Satış İşlemleri”, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, İstanbul 2002.
- Karacan Ali İhsan**, Sermaye Piyasasında Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri, Krediler ile Teminat Sözleşmeleri, İstanbul 2021.
- Kesici Emre**, Açığa Satış İşlemleri ve 2008 Finansal Kriz Sonrası SEC Düzenlemeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, No 7, 2011.
- Kırca İsmail**, Hukuki Yonuyla Borsa Opsiyon Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- Macey Jonathan R.**, “Securities Regulation as Class Warfare”, Columbia Business Law Review, Forthcoming, February 20, 2021, 1-29.
- Memis Tekin/Turan Gokcen**, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2020.
- Miller Edward M.**, “Risk, Uncertainty, and Divergence of Opinion”, Journal of Finance 32, 1977, s. 1151-1168.
- Möllers Thomas M.J.**, “Market Manipulation Through Short Selling Attacks and Misleading Financial Analyses”, The International Lawyer; Chicago Vol. 53, Iss. 1, 2020, s. 91-126.
- Payne Jennifer**, “The Regulation of Short Selling and Its Reform in Europe”, European Business Organization Law Review, Volume 13, 2012, s. 413-440.
- Penezoğlu Yusuf Gökhan**, Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul 2004.
- Siciliano Gianfranco/Ventoruzzo Marco**, “Banning Cassandra from the Market? An Empirical Analysis of Short-Selling Bans during the Covid 19 Crisis”, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 532/2020, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3657375, July 14, 2020, s. 1-32.

- Ugan** Gökhan, “Krizlerin Günah Keçisi: Açığa Satış”, Vobjektif, Ekim 2011, s. 54-61.
- Ulcickas** Simon D., “Internal Revenue Code Section 1259: A Legitimate Foundation for Taxing Short Sales Against the Box or a Mere Makeover?”, 39 William & Mary Law Review, 1998, s. 1355-1395.
- Yıldız** Burcak, Sermaye Piyasası Hukukunda Genel Yatırım Tavsiyesi Sunma Faaliyeti ve Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti Kapsamında Yatırım Tavsiyeleri, Ankara, 2015.

**# KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNE İLİŞKİN
İKİ SORUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**
(EVALUATION OF TWO ISSUES REGARDING THE REGISTERED CAPITAL
SYSTEM)

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar * **

ÖZ

2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile 1981 yılında, halka açık anonim şirketler için getirilen ve kural olarak ihtiyari olan Kayıtlı Sermaye Sistemi'nden yararlanma olanağı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 01.07.2012'de yürürlüğe girmesi ile birlikte, halka kapalı anonim şirketler için de geçerli hale getirilmiştir. 30.12.2012'de yürürlüğe giren 6362 Sayılı (yeni) Sermaye Piyasası Kanunu'nda da aynı olanak, halka açık şirketler için, 2499 Sayılı eski Kanuna oranla daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Bu sistemin kolaylık ve avantajlarını gören halka açık veya kapalı birçok şirketin de, kuruluşta veya sonradan, anasözleşmesinde bu sisteme yer verdiğine tanık olunmaktadır. Çalışmamızda, bu sisteme ilişkin ve birisi pratik, diğeri teorik iki sorun ele alınarak incelenecektir.

Uygulamada da tereddütlere yol açtığı anlaşılan ilk sorun, kayıtlı sermaye sisteminde imtiyazlı iki gruptan oluşan payların bulunduğu bir anonim şirkette, yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisi tanınmamış ise, yönetim kurulunca yapılacak dış kaynaklı artırımlarda yeni oluşturulacak payların imtiyazlı olmasının gerekip gerekmeyeceğidir.

Teorik niteliği daha ağır basan ikinci sorun ise, yönetim kurulunca yapılacak sermaye artırımları sonucunda, şirket anasözleşmesinde de bir değişiklik yapılması gerekip gerekmeyeceği, şayet gerekecek ise bu işlemin teknik anlamda, TTK. uyarınca bir "anasözleşme değişikliği" niteliğinde sayılıp sayılamayacağıdır.

Tebliğimizde, kısaca kayıtlı sermaye sistemi tanıtıldıktan sonra, bu iki sorun ele alınarak, mevzuat, doktrin ve uygulama ışığında yanıtlanmaya çalışılacaktır.

Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.05.2022. İlk hakem raporu tarihi: 29.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma tarihi: 27.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8255-2543.

Esere Atf Şekli: Mehmet Bahtiyar, "Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin İki Sorunun Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.83-100.

Anahtar Kelimeler: *Kayıtlı Sermaye Sistemi, Yönetim Kurulunun Yetkileri, Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı, İmtiyazlı Pay, Anasözleşme Değişikliği*

ABSTRACT

The possibility of adoption of the Registered Capital System for public joint stock companies which was introduced in 1981 with the Capital Markets Law No. 2499 was also introduced for the non-public joint stock companies with the entry into force of the Turkish Commercial Code No. 6102 on 01.07.2012. The same opportunity is also regulated more in detail for public joint stock companies in the (new) Capital Markets Law No. 6362, entered into force on 30.12.2012, compared to the old Law No. 2499. It is witnessed that many public and non-public companies that see the convenience and advantages of this system include this system in their articles of association, either in the establishment or afterwards. In this study, two problems related to this system, one practical and the other theoretical, will be examined.

The first problem, which is understood to cause hesitations in practice, is whether the newly issued shares will be preferred shares in capital increases through external funds made by the board of directors in the registered capital system in a joint stock company which has two preferred share groups, if the board of directors is not authorized to issue preferred shares.

The second problem, whose theoretical nature is more dominant, is whether an amendment in the articles of association of the company will be required as a result of the capital increases made by the board of directors, and if it is required, whether this transaction can be technically considered as an "amendment of articles of association" in accordance with the TCC.

In our paper, after briefly introducing the registered capital system, these two problems will be discussed and answered in the light of legislation, doctrine and practice.

Keywords: *Registered Capital System, Authorizations of the Board of Directors, Capital Increase through External Funds, Preferred Shares, Amendment of Articles of Association*

GİRİŞ

1981 yılında 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (eSerPK) ile, halka açık anonim şirketler için getirilen ve kural olarak ihtiyari nitelikteki kayıtlı sermaye sisteminden yararlanma olanağı, 6102 Sayılı Türk Ticaret YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)

Kanunu'nun (TTK'nın) 01.07.2012'de yürürlüğe girmesi ile, halka kapalı anonim şirketler için de geçerli hale getirilmiştir. 30.12.2012'de yürürlüğe giren 6362 Sayılı (yeni) Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK'da) da aynı olanak, halka açık şirketler için, 2499 Sayılı eSerPK'ya oranla daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Bu sistemin kolaylık ve avantajlarını gören halka açık veya kapalı birçok şirketin de, kuruluşta veya sonradan bu sistemi kabul ettiği görülmektedir.

Çalışmamızda, bu sisteme ilişkin ve birisi pratik, diğeri teorik ağırlıklı iki sorun ele alınarak incelenecektir. Uygulamada tereddütlere yol açtığı anlaşılan ilk sorun, kayıtlı sermaye sisteminde imtiyazlı iki gruptan oluşan payların bulunduğu bir anonim şirkette, yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisi tanınmamış ise, yapılacak dış kaynaklı artırımlarda yeni oluşturulacak payların bir kısmının da imtiyazlı olmasının gerekip gerekmeyeceğidir.

Teorik niteliği daha ağır basan ikinci sorun ise, yönetim kurulunca yapılacak sermaye artırımları sonucunda, şirket anasözleşmesinde bir değişiklik yapılması gerekip gerekmeyeceği, şayet gerekecek ise bu işlemin TTK. uyarınca bir "anasözleşme değişikliği" niteliğinde sayılıp sayılmayacağıdır.

Tebliğimizde, kısaca kayıtlı sermaye sistemi tanıtıldıktan sonra, bu iki sorun değerlendirilerek, mevzuat, doktrin ve uygulama ışığında çözümleri ele alınacaktır.

I. SİSTEMİN TEMEL ÖZELLİĞİ VE YARARLARI

Türk Ticaret Kanunu, m. 332, 460/1 ve Sermaye Piyasası Kanunu, m. 18 hükümleri uyarınca kayıtlı sermayenin en temel özelliği, bu sistem içerisinde, yani anasözleşmede gösterilen alt ve üst limitler arasında yapılacak sermaye artırımlarında yönetim kurulunun yetkili olması ve bu artırımın, TTK'da düzenlenen ve özel bir anasözleşme değişikliği niteliği taşıyan esas sermaye artırımı usulüne uymayı gerektirmemesidir.

Esas sermaye sistemi ile karşılaştırıldığında, kayıtlı sermaye sisteminde yapılacak artırımlar, şirketleri, uzun, zahmetli ve masraflı formalitelerden kurtarmakta, özellikle genel kurul yerine yönetim kurulu, hızlıca artırım kararı alıp uygulayabilmektedir. Böylece, yeni paylar oluşturup satmak suretiyle şirket, ihtiyaçlarına ve piyasa durumuna göre kolayca finansmana erişim sağlayabilmektedir. Ayrıca, bu olanak sayesinde, şirketin, pay senetleriyle değiştirilebilir tahvil çıkarması kolaylaştığı gibi, ihtiyaç halinde başka amaçlarla yeni paylar oluşturması da mümkün hale gelmektedir.

II. İLK SORUN: YÖNETİM KURULUNUN YENİ PAY OLUŞTURMA YETKİSİ VE İMTİYAZLARLA İLİŞKİSİ

TTK 460/4 ve SerPK 18/5 gereğince, yönetim kurulunun imtiyazlı veya primli pay çıkarabilmesi veya mevcut pay sahiplerinin yeni pay alma (rüçhan) haklarını sınırlandırabilmesi için anasözleşme ile yetkilendirilmiş bulunması şarttır¹.

Öğretide kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisinin ancak sermaye artırımı yetkisi ile birlikte ve bu yetki ile sınırlı olarak tanınabileceği, bunun dışındaki yetkilendirmelerin veya yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilen imtiyazlı pay ihraçlarının TTK 408/2 hükmüne aykırılık oluşturacağı ve butlan (m. 391/1-d) yaptırımına yol açacağı, haklı olarak belirtilmektedir².

¹ Yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisinin tanınması durumunda, anasözleşmede ayrıca imtiyazın konusu, kapsamı ve yetkinin nasıl kullanılacağı hususlarının da gösterilmesi gerekir. Bkz. **Mehmet BAHTİYAR**, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996, s. 159; **Ferah TÜRKÖĞLU UTKU**, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Ankara 2016, s. 198 vd. Kurulda kayıtlı sermayeyi kabul eden ortaklıklar, bu yetkilendirmeyi kuruluş anasözleşmesinde yapabilirler. Yetkilendirmeyi kurulda yapmamış ortaklıklar ile kayıtlı sermayeye sonradan geçen ortaklıklar ise yetkilendirmeyi ancak anasözleşmeyi değiştirerek yapabilir. Burada hangi yetersayıların uygulanacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüş uyarınca bu anasözleşme değişikliği, ancak "sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla" alınacak olan bir genel kurul kararıyla [TTK m. 421/3- (b)] yapılabilir (Bkz. **Esra CENKÇİ**: Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul 2015, s. 247-249; **Levent BİÇER**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara 2019, s. 149). Diğer bir görüş ise anılan genel kurul kararının TTK m. 421/1'deki nisaplarla alınabileceğini savunmaktadır (**TÜRKOĞLU UTKU**, s. 101). **SOYKAN** ise, burada ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiğini, yetkilendirmenin yönetim kurulunun, çıkarılmış sermaye içinde hâlihazırda mevcut bulunan imtiyazlı paylardan ihraç edebilmesi için yapılması halinde, TTK 421/1'deki nisapların aranacağını; ancak yönetim kuruluna ortaklığın hâlihazırda mevcut imtiyazlı paylarından farklı konu ve grupta imtiyazlı pay çıkarma yetkisi tanınıyorsa TTK 421/3-(b)'deki nisabın sağlanması gerektiğini savunmaktadır (**İ. Cem SOYKAN**: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019, s. 427, dn. 216).

² **CENKÇİ**, s. 246. Öğretide yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisi verilerek, mevcut imtiyazlı payların, sermaye artırımlarında, sermayedeki oransal gücünü korumasının ve artırımdan olumsuz etkilenmemesinin amaçlandığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda sermaye artırımı kararında mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin rüçhan (yeni pay alma) haklarını kullanarak sahip olacakları payların da aynı türden imtiyazlı olmalarına karar verilebileceği kabul edilmektedir. Genel olarak bkz. **MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK)**, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 326; **TÜRKOĞLU UTKU**, s. 100. Mevcut imtiyazlı payların sermaye artırımlarından olumsuz *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

SerPK 18/5 ve Bakanlığın Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği, m. 9/6’te, şirkette mevcut olan imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının kısıtlanması veya sınırlandırılması için de anasözleşmede hüküm olması gerektiği düzenlenmiştir.

Değerlendireceğimiz sorun şöyle bir örnekle ortaya konulabilir: İmtiyazlı (A grubu) ve diğeri imtiyazsız (B grubu) payların olduğu bir şirkette, şayet anasözleşmede yönetim kuruluna, imtiyazlı pay çıkarma yetkisi tanınmamış ise, sistem içi artırımda oluşturulacak yeni payların imtiyazlı olması talep edilebilir mi? Şayet yönetim kurulu imtiyazlı pay çıkaramayacaksa, sermaye artırma yetkisini de kullanamayacağı öne sürülebilir mi? Artırma karar verme yetkisi kullanılacak, fakat yeni paylar imtiyazlı çıkarılmayacak ise, rüçhan hakları kapsamında verilecek payların adi olması nedeniyle mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin bir söz veya itiraz hakları olabilecek midir?

TTK, SerPK ve İlgili Tebliğlere bakıldığında, anasözleşmede yetkilendirme hükmü yoksa, yeni çıkarılacak payların imtiyazlı olmasına da olanak bulunmadığı sonucuna varmak gerekmektedir.

Öte yandan, artırıma karar verme yetkisi ile imtiyazlı pay çıkarma yetkisi birbirinden tamamen bağımsızdır. Böyle olunca ele aldığımız örnekte, yönetim kurulunun kayıtlı sermaye sistemi içerisinde sermaye artırımını yapabileceği, fakat yeni payları imtiyazlı çıkaramayacağı sonucuna varmak gerekmektedir. Şu halde, yeni payların imtiyazsız (adi) pay olarak çıkarılabileceği ve yapılacak artırımda mevcut pay sahiplerinin, bu yeni paylardan rüçhan hakları ölçüsünde (TTK 461) alabileceği sonucuna varmak gerekmektedir.

Çıkarılacak yeni payların da imtiyazlı olması gerekeceği elbette düşünülebilir ise de, aşağıdaki gerekçelerle, yeni payların da imtiyazsız (adi) pay şeklinde çıkarılabileceği kanısındayız:

etkilenmesini önlemek amacı dışında, ayrıca anonim şirketin ekonomik koşullara uyum sağlayabilmesi için de bu yetkinin tanınabileceği, bu durumun ise mevcut imtiyazlı paylardan farklı hakları içeren imtiyazlı pay ihracını zorunlu kılabilceği yönünde ayrıca bkz. **CENKÇİ**, s. 246. **BIÇER** ise (s. 148), yönetim kuruluna bu türden bir yetkinin verilmesindeki tek amacın mevcut imtiyazların korunması olduğu görüşüne karşı çıkarak, TTK 454 ve SerPK 18/5’teki İPSÖK. onayının, böyle bir amaç güdülmesine ihtiyaç bırakmadığını vurgulamaktadır. Yazar, ayrıca, sadece belirtilen amaç için imtiyazlı pay çıkarma yetkisinin verileceğinin kabulünün de yönetim kurulunun imtiyazlı pay çıkarma yetkisini oldukça sınırlayacağını, bu nedenle yönetim kuruluna verilen imtiyazlı pay çıkarma yetkisinin TTK 478 uyarınca imtiyaz tanınabilecek herhangi bir pay sahipliği hakkını kapsadığını, dolayısıyla yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisi verilirken, imtiyazın konusu ve kapsamının da anasözleşmede düzenlenmesi gerektiğini isabetle belirtmektedir.

A. İncelediğimiz ihtimalde anasözleşme, yönetim kuruluna yeni payları imtiyazlı çıkarma konusunda yetki veren bir hüküm içermemektedir. Yönetim kurulunun yetkisi olmayan bu hususta karar da alamayacağı şüphesiz olup, aksi takdirde bu yönde alacağı bir karar, TTK 391 hükmü uyarınca butlan yaptırımına tabi olacaktır. Bu nedenle, yeni paylar ancak imtiyazsız (adi) pay olarak çıkarılabilecek ve mevcut pay sahipleri rüçhan hakkı (m. 461) kapsamında bu yeni/adi paylardan alabileceklerdir.

B. Varılan sonucun, mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin haklarına zarar vermesi pek muhtemel olduğundan, bu kişilerin nasıl korunabileceğine de değinmek gerekir. İmtiyazlı pay sahiplerinin korunmasına ilişkin TTK ve SerPK düzenlemeleri arasında farklar bulunmaktadır.

TTK 454'te hem kayıtlı sermaye sistemine geçiş amacıyla yapılacak anasözleşme değişikliklerinde, hem de kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilmesinden sonra yönetim kurulunun sistem içinde gerçekleştireceği sermaye artırımlarında imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu (İPSÖK) onayının alınmasını, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi şartına bağlanmıştır.

Oysa SerPK 18/4'te, kayıtlı sermaye sistemine geçiş amaçlı anasözleşme değişikliğine dair genel kurul kararının İPSÖK. tarafından onayı konusunda, **"...6102 sayılı Kanunun 454 üncü maddesindeki esaslara göre onaylanır"** denilerek, ihlal şartının aranması gereğine, dolaylı da işaret edilmiş, fakat TTK. 454'ten farklı olarak sistem içi artırımlarda İPSÖK onayı aranmayacağı, SerPK 18/4'te açık hükme bağlanmıştır.

Verdiğimiz örnekte, mevcut imtiyazlı (A grubu) pay sahipleri, artırımlarda yeni payların imtiyazsız çıkarılmasının mevcut imtiyazlarına zarar vereceği, bu nedenle TTK 454/1 hükmü kapsamında imtiyazlı pay sahipleri özel kurullarının, yönetim kurulunca alınacak artırım kararının onaylamaları gerekeceği, aksi takdirde artırım kararının icra edilemeyeceği yönünde bir iddia öne sürebilir ise de, her artırımın, ayrıca ihlal şartı aranmaksızın imtiyazlı paylara zarar vereceği yönündeki kanuni varsayım eTK 391'de bulunmakta iken, 6102 sayılı TTK'ya bu varsayıma dayanan bir hüküm konulmamıştır.

Bu durumda, halka kapalı şirketlerde her bir somut olayda, sistem içi tüm artırımların imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olup olmadığına bakılmalıdır. Şayet onların haklarını ihlal edecek nitelikte bir artırım yapılıyorsa, TTK 454 uyarınca İPSÖK onayı gerekecektir³.

³ Bu noktada ispat külfetinin kimin üzerinde olduğu hükümden açıkça anlaşılacakla birlikte, TTK 454/7 hükmünün lafzından anasözleşme değişikliğinin imtiyazlı pay YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)

Halka açık şirketlerde ise, SerPK 18/4'ün açık hükmü uyarınca sistem içi artırımlar İPSÖK onayına tabi olmayacaktır. Bu hükmü TTK 454 ile karşılaştırmak gerekirse, sistem içi artırımlarda İPSÖK onayı aramayan SerPK hükmünün, TTK'ya oranla daha isabetli olduğunu, çünkü kayıtlı sermaye sisteminin amacına daha uygun bir düzenleme niteliği taşıdığını da vurgulamalıyız⁴. Gerçekten, kayıtlı sermaye sistemi içindeki artırımlarda bu sisteme yabancı olan İPSÖK onayının aranması, kayıtlı sermaye sisteminden beklenen avantajların ortadan kalkmasına neden olabilecek, sistemin artırımı kolaylaştırma özelliği ile bağdaşmayacaktır⁵.

C. Yönetim kuruluna alınacak artırım kararının imtiyazlı pay sahiplerine her zaman zarar vermeyeceği, ancak doğrudan veya dolaylı bir ihlal yolu ile mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ihlal edildiği takdirde İPSÖK onayı aranacağı doktrinde de kabul edilmektedir⁶.

D. Yönetim kuruluna anasözleşme ile imtiyazlı pay çıkarma yetkisinin tanınmaması halinde, yönetim kurulu yalnızca adi pay çıkarabilir⁷. Mevcut imtiyazlı bir pay sahibi, rüçhan hakkını kullandığında ancak adi pay alabileceği için, onun nasıl bir korumadan yararlanabileceğine karar verirken, yapılan sistem içi artırımda, imtiyazlarının zarar görüp görmediğinin her somut olayda araştırılması gerekir.

Örneğin, mevcut imtiyazlar yönetimde üye bulundurma imtiyazı (TTK 360) ve kâr payı almada öncelik imtiyazı (TTK 478) ise, yeni payların adi olması, mevcut bu imtiyazları ihlal edici bir nitelik de taşımayacağı için,

sahiplerinin haklarını ihlal etmediğinin ortaklık tarafından ispatlanması gerektiğinin anlaşıldığı ve bu görevin de yönetim kuruluna ait olduğu doktrinde ifade edilmektedir.

Betül AKTAŞ: İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2019, s. 135.

⁴ Nitekim bu yönde bkz. **Erdoğan MOROĞLU:** Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul 2018, 4. Baskı, s. 353; **Çağlar MANAVGAT:** Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016, s. 482-483; **BİÇER,** s. 275. De lege ferenda, sistem içi artırımlarda İPSÖK onayının kaldırılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **AKTAŞ,** s. 165.

⁵ Bu yönde, **MOROĞLU,** s. 353; **Ferna İPEKEL:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku İşığında Değerlendirilmesi, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2013, C. 8, Özel Sayı s. 1439; **BİÇER,** s. 274.

⁶ **AKTAŞ,** s. 114 vd., 149, 165 vd.

⁷ Bakanlığın KSS. Tebliği, m. 5/4, 6/2-c, 9/1 ve 9/6 hükümleri de bunu teyit etmektedir. Ayrıca bkz. eTK. döneminde, **Sami KARAHAN:** Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Konya 1991, s. 166; TTK. döneminde, **Çağlar MANAVGAT,** Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, BATİDER, 2013, S. 1, s. 65; **TÜRKOĞLU UTKU,** s. 100; **CENKÇİ,** s. 249; **AKTAŞ,** s. 168.

sistem içi artırımda İPSÖK onayına (TTK 454) başvurulması gerekmeyecektir.

Buna karşılık, mevcut imtiyazların konusu, kârdan veya tasfiye bakiyesinden daha fazla yararlanma veya daha fazla oy hakkı gibi bir imtiyaz ise, yeni payların adi olması, mevcut imtiyazların kapsamını/etkisini oransal olarak daraltacağı için, İPSÖK onayına dair TTK 454 uygulanma alanı bulacaktır.

Onayın hangi aşamada alınacağı ise, şirketin halka açık veya kapalı olmasına göre değişecektir. Şöyle ki;

- Halka açık şirketlerde SerPK 18/4'ün ikinci cümlesi uyarınca, sistem içi artırımlarda İPSÖK onayı aranmayacaktır; esasen imtiyazlı pay çıkarma yetkisinin YK'ya tanınmamış bulunması, sisteme geçiş sırasında zaten bir İPSÖK. onayı alınmasını gerektirir⁸. Bu konuya aşağıda, ikinci soruna dair açıklamalarda farkı bir vesileyle tekrar değinilecektir.
- Halka kapalı şirketlerde ise, TTK 454/1hükmü sistem içi artırım kararlarını İPSÖK onayına bağladığından, her bir artırımda bu hüküm uygulanacaktır.

III. İKİNCİ SORUN: SİSTEM İÇİNDE YAPILACAK SERMAYE ARTIRIMLARININ BİR ANASÖZLEŞME DEĞİŞİKLİĞİ SAYILIP SAYILAMAYACAĞI

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından yapılacak artırımların bir anasözleşme değişikliği niteliğinde olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Aşağıda, öncelikle bu görüşlerin taraftarları ve gerekçelerine ayrı ayrı bakılacak, daha sonra da kişisel görüşümüz ortaya konulacaktır.

A. Doktrindeki Görüşler

Bu konuda farklı yönde iki görüşe rastlanmaktadır. Bir görüş, sistem içi artırımların da, esas sermaye sistemindeki artırımlar gibi, bir anasözleşme değişikliği niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

Çok sayıda taraftarı bulunan bu görüşün doktrindeki başlıca temsilcileri arasında, HELVACI⁹, MANAVGAT¹⁰, BİLGİLİ/DEMİRKAPI¹¹,

⁸ CENKÇİ, s. 249.

⁹ Mehmet HELVACI: Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı Usulü ve Bu Sisteme Tabi Olan Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı, BATİDER, C. XVIII, S. 1-2, Y. 1995, s. 166-167.

¹⁰ MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), C. I, s. 324.

¹¹ Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI: Şirketler Hukuku, Bursa 2019, s. 453. Yazarlar, sermaye artırımının ortak özellikleri başlığı altında, "Sermaye artırımı esas sözleşme YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)

ÇOŞTAN¹², CENKÇİ¹³, ve SOYKAN¹⁴ sayılabilir. Daha önce aksi görüşte olan ŞENER¹⁵ de, görüşünü değiştirmek suretiyle bu yazarlara katılmıştır.

Aksi yöndeki görüş ise, sistem içinde yapılacak olan artırımların birer anasözleşme değişikliği niteliğinde olmayıp, yönetim kurulunun bir işlemi veya şirketin iç işlemi olduğunu inancındadır. Bizim de savunduğumuz bu görüşün¹⁶ başlıca temsilcileri arasında, MOROĞLU¹⁷, KARAHAN/SARAÇ¹⁸, İPEKEL¹⁹ ve SERDER YILMAZ²⁰ zikredilebilir.

B. İnceleme ve Görüşümüzün Gerekçeleri

1. Öncelikle, iki görüş arasında kavramsal olarak bir anlayış farkına vurgu yaparak bu sorunu kısaca açıklamak gerekir. Çünkü iki görüşün, anasözleşme değişikliğine verdikleri anlamın veya değişiklik ile neyin kastettiklerinin farklı olduğu görülmektedir.

Gerçekten, sistem içindeki artırımların anasözleşme değişikliği olmadığını savunan görüş gerekçe olarak, bu tür artırımlarda en başta genel kurul kararına gerek bulunmaması gelmek üzere, artırımın anasözleşme değişikliği usulüne tabi olmamasına dayanmaktadır.

Artırımları anasözleşme değişikliği niteliğinde sayan görüş de aslında bu işlemin esas sermaye artırımlarındaki gibi bir anasözleşme değişikliği

değişikliğini gerektiren bir işlemdir. Esas sözleşme değişikliği genel kurulun devredilmez yetkilerinden biri olmasına rağmen sermaye artırımına, esas sermaye sisteminde genel kurul; kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu karar verir (TTK 456, f. 2). Kayıtlı sermaye sisteminde yetkinin yönetim kuruluna verilmesi, ticari hayatın gereklerinden kaynaklanan istisnai bir düzenlemedir” diyerek, dolaylı da olsa, artırımların anasözleşme değişikliği niteliğinde olduğunu kabul etmiş gözükmektedirler.

¹² **Hülya COŞTAN:** Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı, BATİDER, C. XXVIII, S. 3, Y. 2012, s. 187, dn. 181.

¹³ **CENKÇİ,** s. 136-141.

¹⁴ **SOYKAN,** s. 29.

¹⁵ **Oruç Hami ŞENER:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2022, s. 581’de “Kayıtlı sermaye sisteminde de sermaye artırımında bir sözleşme değişikliği söz konusudur (TTK 460/VI). Ancak sözleşme değişikliği burada genel kurul tarafından değil, yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilmelidir” demektedir. Ancak yazar daha önceki basıya (Ortaklıklar, 1. Bası, s. 548), “Kayıtlı sermaye sistemine göre yönetim kurulunun sermayeyi artırması, bir sözleşme değişikliği değildir” ifadesini kullanmış idi.

¹⁶ **Mehmet BAHTİYAR:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi, Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, s. 64; **BAHTİYAR,** Kayıtlı Sermaye, s. 98.

¹⁷ **MOROĞLU,** s. 39.

¹⁸ **KARAHAN/SARAÇ:** Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013, s. 543.

¹⁹ **İPEKEL,** s. 1433.

²⁰ **Selen SERDER YILMAZ:** TTK’da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, Haziran 2013, s. 197.

usulüne tabi olmadığını belirttiği için, bu noktaya kadar iki görüş arasında bir fark henüz gözükmemektedir.

Bununla birlikte ikinci görüş, açıklamalarının devamında, metnindeki bir virgülün kaldırılmasının dahi anasözleşme değişikliği sayılması gerektiğini belirterek ilk görüşten ayrılmakta, yani değişiklik kavramına farklı bir anlam vermektedir. Buna göre, yönetim kurulu kayıtlı sermaye sisteminde kendisine verilen yetki dahilinde sermayeye ilişkin anasözleşme hükmüne “yeni bir şekil” verebildiğine göre, yapılan bu işlemin anasözleşme değişikliği olduğu kabul edilmelidir²¹.

Konuya ilişkin en ayrıntılı sayılabilecek açıklamalardan birisini yapan CENKÇİ'ye göre, SerPK'nın 18/2. maddesinde, “yönetim kurulunun sermaye artırımı kararı alırken, *TTK'nın esas sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlerine* bağlı olmadığı” düzenlenmektedir. Kanun koyucunun amacı, yönetim kurulunu, TTK'nın esas sözleşme değişikliğine ilişkin hükümlerin tamamından değil, sermayenin genel kurul kararıyla artırılmasını düzenleyen hükümlerinden muaf tutmaktır. SerPK'nın, TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen bir kanun olduğu göz önünde bulundurulursa, kanun koyucunun, bu konuda “esas sözleşme değişikliklerinden” muafiyet tanıyan bir düzenlemeye yer vermemiş olmasının, bilinçli bir tercih olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, SerPK hükümlerinde de kayıtlı sermaye sisteminde artırımı kararlarının, esas sözleşme değişikliği temelinde ele alındığı ve fakat kayıtlı sermaye sisteminin amacı gözetilerek esas sözleşme değişikliğine ilişkin bir kısım hükümlerden muafiyet tanındığı sonucuna varılmaktadır²².

Biz bu düşünceye iki gerekçe ile katılma olanağı bulamıyoruz. Şöyle ki;

- Bir defa SerPK 18/2'deki, yönetim kurulunun sermaye artırımı kararı alırken, “*TTK'nın esas sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlerine* bağlı olmadığı” ifadesi yeni değildir; bu ifadenin kaynağı, 1981 tarihli eSerPK. 12'deki “...*yönetim kurulu tarafından Türk Ticaret Kanununun esas sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlerine bağlı kalınmaksızın sermaye artırılabilir*” hükmüdür. Şu halde, SerPK 18/2'deki ifade, yeni, bilinçli veya 6102 sayılı TTK'dan fark yaratmayı amaçlayan bir düzenleme değildir; sırf lafza dayanan bir görüş de temeli yönünden sağlam sayılamaz²³.

²¹ SOYKAN, s. 29.

²² CENKÇİ, s. 28 vd.; 140.

²³ Bkz. alttaki dipnot.

- İkincisi, TTK'da esas sermaye artırımı, m. 456 ve devamı maddelerinde ve "Özel Değişiklikler" üst kenar başlığı altında düzenlenmiştir; m. 1534/1 uyarınca kenar başlıkları da metne dahildir. SerPK 2/2 gereğince, TTK. hükümleri, sermaye piyasası hukukunda da genel hüküm olarak uygulanma alanı bulmaktadır. Kayıtlı sermaye sisteminde artırıma ilişkin TTK 460'ın da, anılan üst kenar başlık altındaki hükümlerden olması, sisteme geçiş ve tavan yükseltmelerinin birer anasözleşme değişikliği gerektirmesi nedeniyledir; maddenin ilk fıkrası da bunu teyit etmektedir. Şu halde TTK 460, sistem içi artırımların da anasözleşme değişikliği sayılmasını amaçlayan bir hüküm kabul edilemez²⁴.

Böyle olunca, SerPK 18/2'de yer alan ve yukarıda aktardığımız cümleye bağlı kalınarak yapılan yorumun da dayanaksız kaldığı, yani esas sermaye artırımına ilişkin hükümlere bağlı olunmaması ile anasözleşme değişikliğine ilişkin hükümlere bağlı olunmaması arasında bilinçli bir farktan asla söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun böyle bir farkı bilinçli oluşturmak istediğine dair gerekçede herhangi bir açıklama bulunmadığı gibi, başkaca bir pozitif hukuk dayanağına da rastlanmamaktadır.

Sistem içi artırımlarda Bakanlık izni veya İPSÖK onayından söz eden mevzuat hükümleri de, aslında sistem içi artırımların anasözleşme değişikliği olduğu düşüncesine bağlı sonuçlardır. Bu sonuçları alıp, sistem içi artırımın anasözleşme değişikliği olduğuna gerekçe göstermek, artırımın anasözleşme değişikliği sayan görüşün gerekçesi ile sonucunun ne olduğu, yani gerekçenin hangisi sonucun hangisi olduğu noktasında bir mantıki çelişki yaratmaktadır.

2. Sistem içi artırımların anasözleşme değişikliği sayılacağı görüşünün temel dayanağı, TTK 460/6'da yer alan, «**Sermaye artırımının yukarıdaki hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmesinden sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şekli, yönetim kurulunca tescil ve ilan ettirilir**» hükmüdür. SerPK 18/7'de de buna paralel bir düzenleme vardır.

Ne var ki, kanımızca burada teknik anlamda bir anasözleşme değişikliğinden söz edilemeyeceği görüşündeyiz. Hükmün öngörülme amacı sadece, sistem içi artırımların yönetim kurulu tarafından icra edilmesi ve yeni payların oluşturulması nedeniyle, zaten gerçekleşmiş bulunan bir değişikliğin, artırımın gerçekleştirilmesinden sonra hemen anasözleşmeye

²⁴ Nitekim **MOROĞLU**, s. 353, dn. 487'de de, CENKÇİ'nin savını, TTK. 460/2'nin lafzına dayandırdığı ifade edilmiştir.

yansıtılması, yani anasözleşmenin gerçek duruma uyarlanmasının sağlanmasıdır. TTK 460/6'nın lafzı da aynen SerPK 18/7 gibi, bu amacı doğrular niteliktedir.

TTK 460/6 ve SerPK 18/7 hükümlerine, açıklamaya çalıştığımız bu ortak öngörülüş amaçlarından daha farklı bir anlam yüklenmesi yerinde olmayacağı gibi, bu anlayışın aşağıda altı numaralı açıklamada tekraren değineceğimiz başka sakıncalara da yol açtığı inancındayız.

Esasen, TTK. 460/6'ya bir gerekçe gösterilmemesine rağmen, sonraki tarihli kanun olan SerPK 18/7 hükmünün gerekçesi de görüşümüzü teyit etmektedir. Çünkü bu fıkranın gerekçesinde, "...ç) *Mevcut uygulamada sadece tavan tutarı değiştiğinde tescil ve ilan edilen sermaye maddesinin, her sermaye artırımı sonrası güncellenmesi sağlanarak; sermayenin belirliliğinin temin edilmesi, uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi ve AB mevzuatına tam uyumun sağlanması amaçlanmıştır*" denilerek²⁵, hükmün güncelleme veya uyarılama amaçlı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

3. Hükmün tarihsel gelişimi de görüşümüzü desteklemektedir. Çünkü, 1981 tarihli eSerPK'da böyle bir hüküm bulunmamakta ve o dönemde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun verdiği tescile dayanak belgenin tescil ve ilanından hareketle şirketin güncel sermaye miktarının ilgili kişiler tarafından öğrenilmesi mümkün olabilmekte idi²⁶.

O dönemde, kaleme aldığımız doktora tezimizde, saptadığımız kadarıyla ilk defa böyle bir uyarılama hükmüne gerek bulunduğu tarafımızca dikkat çekilmiş ve İsviçre Hukukundaki OR Art 651a hükmü²⁷ örnek gösterilerek, benzer bir hükme yer verilmesi önerilmişti²⁸. TTK. 460/6 ve SerPK 18/7 hükümlerinin bu anlayış ve ihtiyaç dolayısıyla tasarlandığına ve her iki kanuna aynı yönde hüküm konulduğuna bir şüphe duyulmaması gerekir.

²⁵ Gerekçe için bkz. TBMM. Yasama Dönemi: 23, Yasama Yılı:3, Sıra Sayısı: 337, Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı İle Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (I-638), s. 25 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>).

²⁶ MANAVGAT, s. 478.

²⁷ Hükmün gerekçesi için bkz. **Rolf BAER**: Revidertes Aktienrecht 1991, Bern-Stuttgart-Wien 1992, s. 118.

²⁸ Bkz. **BAHTİYAR**, Kayıtlı Sermaye, s. 42, 81, dn. 131, s. 98, dn. 5 ve 187. Karş. **CENKÇİ**, s. 138, dn. 451'de bu görüşümüzü aktarmasına rağmen, m. 470'te veya OR 651a'da öngörülmediği şekilde anasözleşmenin "mevcut duruma uyarlanmasından" TTK. 460/6'da söz edilmediğini belirterek, kanımızca lafza fazlaca sadık bir fikir beyan etmektedir. Oysa SerPK. 18 gerekçesinde "*sermaye maddesinin, her sermaye artırımı sonrası güncellenmesi sağlanarak*" denilmek suretiyle bir güncelleme ya da uyarlamadan söz edilmektedir. Bkz. Yukarıda, dn. 27 ve ilgili metin.

4. Böyle bir hükme ihtiyaç bulunduğu tereddüt edilmemelidir. Çünkü, yönetim kurulunca alınan artırım kararının uygulanması sonucunda, en azından, şirketin çıkarılmış sermayesi ile birlikte ve ona bağlı olarak pay sayısı değiştiğine göre, gerçekleşen bu değişikliğin anasözleşmeye de derhal yansıtılmasında ve bu temel belgenin şirketin gerçek durumunu göstermesinin sağlanmasında zorunluluk mevcuttur.

Zaten TTK. 31/1'deki, "*Tescil edilmiş hususlarda meydana gelen her tür değişiklikler de tescil ve ilan olunur*" hükmü, kuruluştaki anasözleşmenin tamamının tescil ve ilanını emreden m. 354 ile birlikte, anasözleşme içeriğinin güncel ve gerçeğe uygun olması zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

Kayıtlı sermaye sisteminin doğası ve işleyiş kolaylığı nedeniyle böyle bir uyarlamayı yapması konusunda da yönetim kurulunun kanun ile yetkilendirilmesi gerektiği açıktır.

5. TTK 408/2 hükmünün özü ve sözü de düşüncemizi teyit etmektedir. Çünkü bu düzenleme, genel kurulun devredilemez yetkileri arasında anasözleşmenin değiştirilmesini de saymıştır.

Herhangi bir istisnaya işaret etmeyen bu hükmün, mutlak bir kural olduğu kabul edilmelidir. O halde TTK 408/2'de kanun koyucu, anasözleşmenin değiştirilmesi ile bu temel belgede yapılabilecek her tür değişikliği değil, bu konuda devredilemez yetkili organ olarak genel kurulun, kanunda öngörülen usulü uymak suretiyle yapacağı değişiklikleri kast etmiş olmalıdır. Yönetim kurulu tarafından, kanunun verdiği izinle, yapılması zorunlu bir işlemi uyarlama değil anasözleşme değişikliği şeklinde nitelenmek, kanımızca, kanun hükümleri (m. 408/2 ile m. 460/6) arasında çelişkiye de yol açmaktadır.

6. Yönetim kuruluna her iki kanunda verilen bu yetkinin anasözleşme değişikliği diye nitelenmesi, iki kanun hükümleri arasında bazen anlamsız farklara, hatalı alt düzenlemelere veya sisteme aykırı formaliteler öngörülmesine de yol açmaktadır. Özellikle, sistem içi artırımlarda Bakanlık izni ve İPSÖK onayı gerekip gerekmediği gibi konulardaki hatalı düzenlemelerin kanımızca temel nedeni, anılan işlemin hatalı şekilde anasözleşme değişikliği olarak nitelenmesinden kaynaklanmaktadır²⁹. Gerçekten,

- Kayıtlı sermaye sistemi içinde gerçekleştirilecek sermaye artırımlarında Bakanlık izninin gerekip gerekmediği hususunun öğretilerde tartışmalara neden olduğu görülmektedir.

²⁹ Krş. CENKÇİ, s. 295, 337. Ayrıca, ileride, dn. 35 ve ilgili metindeki açıklamalarımız.

Bir görüş TTK 460/2'den yola çıkarak Bakanlık izninin gerektiğini kabul ederken³⁰; diğer görüş sistem içindeki artırım kararının bir anasözleşme değişikliği olmadığından hareketle Bakanlık iznine gerek bulunmadığını belirtmektedir³¹.

Bu sorun, TTK kapsamında, Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ ile çözülmeye çalışılmıştır. Tebliğin 5. maddesinde “*başlangıç sermayesi en az yüzbin Türk Lirası olan şirketler; Bakanlıktan izin almak şartıyla kuruluşta kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilirler veya sonradan esas sözleşmelerini değiştirerek kayıtlı sermaye sistemine geçebilirler*” hükmü yer almaktadır. Hemen ardından, 6. maddede açıkça kayıtlı sermaye sistemine kabul edilmesine veya bu sisteme geçmesine izin verilen şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artırımlarında Bakanlık izni aranmayacağı hükme bağlanmıştır³².

Tebliğin bu düzenlemesi yerinde olmakla birlikte, TTK 454/2 ile açık çelişki oluşturmaktadır; o nedenle Kanun hükmü ilk fırsatta değiştirilmeli ve Bakanlık izni, sadece, izne tabi şirketlerin kayıtlı sermaye sistemine geçiş ve tavan yükseltme amacıyla yapacakları anasözleşme değişikliklerinde aranmalıdır. Böylece, yaşanan bu tartışma ve tereddütlerin de önüne geçilebilir.

- İPSÖK. onayının sistem içi artırımlarda uygulanacağını öngören TTK 454/1 hükmü de, aynı hatalı anlayışın kanundaki bir yansıması olup, ilk fırsatta değiştirilmelidir.

Ne var ki doktrinde, “...*yönetim kurulunun sermaye artırım kararlarının da pay sahipleri arasında esas sözleşme değişikliklerinden doğan çıkar çatışmalarının önlenmesi amacıyla öngörülmüş olan...*” İPSÖK onayına tabi olduğuna dair TTK. 454/1 hükmü de, sistem içi artırımların

³⁰ Ayrıntılı gerekçelendirme için bkz. **CENKÇİ**, s. 295. Ayrıca bkz. **ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/ MANAVGAT)**, C. I, s. 181; **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2019, N. 1398.

³¹ **MOROĞLU**, s. 352-353. Yazar, TTK 460/2'de aranan iznin anasözleşme değişikliği gerektiren kayıtlı sermaye sistemine girişe ilişkin olması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca, **İPEKEL**, s. 1435.

³² Karş. Kayıtlı sermaye sistemi içinde yapılacak sermaye artırımlarında bakanlık izni gerekçesi gerekmediğine ilişkin tartışmada, sistem içindeki sermaye artırımının bir anasözleşme değişikliği niteliğinde olup olmadığı sorunu ile ilgili olarak hangi görüşün benimsendiğinin bir öneminin bulunmadığı ve kayıtlı sermaye sistemini kabul eden halka kapalı anonim şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artırımlarında Bakanlıktan izin alınmasına ihtiyaç bulunmamasının temel gerekçesinin Tebliğ düzenlemeleri olduğu yönünde sırf Tebliğe dayalı görüş için ayrıca bkz. **SOYKAN**, s. 393. *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

anasözleşme değişikliği niteliğinde olduğuna dayanak gösterilmekte, devamında ise bu defa, SerPK. 18/4'ün tam aksi yöndeki düzenlemesi, artırımın anasözleşme değişikliği olması nedeniyle hızlı artırım ve İPSÖK onayından muafiyeti sağlamak için getirilmiş bir düzenleme olarak ifade edilmektedir³³.

Öncelikle, zıt yöndeki iki hükmün de aynı görüşe dayanak gösterilmesi izaha muhtaç bir çelişki oluşturduğu gibi, sistem içi artırımlarda İPSÖK onayı aranması, Bakanlık izni gibi tamamen gereksiz olup, sistemin doğasına ve pratik yapısına uygun değildir.

İkinci olarak, TTK. 454/1'ün, sistem içi artırımların anasözleşme değişikliği niteliğine dayanak gösterilmesine de katılmıyoruz. Çünkü, TTK. 454/1'de açıkça, sistem içi artırımlarda ve haklarının ihlal edilmesi şartına bağlı olarak İPSÖK. onayının öngörüldüğü dikkate alınır, kanun koyucunun bu konuda çok özenli hareket etmediği veya imtiyazlı pay sahiplerine en baştan koruma sağlandığını gözardı ettiği de düşünülebilir. Kaldı ki, sonraki kanun olan SerPK. 18/4'te açıkça, İPSÖK onayının sistem içi artırımlarda uygulanmayacağı isabetli bir hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, artırımın anasözleşme değişikliği olduğunu göstermek için değil bu konuda doğabilecek tereddütleri önlemek için konulmuş bir düzenleme olarak algılanmalıdır.

Öte yandan, imtiyazlı pay sahiplerinin sistem içi artırımlarda nasıl korunacağı sorusu da yanıtız değildir. Çünkü öncelikle, sistem içi artırımlara ilişkin yönetim kurulunun kararları yargı denetimine tabidir (SerPK 18/6, TTK 391).

Ayrıca, imtiyazlı paylara ilişkin olarak yönetim kurulu, ancak anasözleşmede açıkça yetkilendirilmiş ise karar alabilmekte, imtiyazlı paylara zarar verebilecek yetkilerin anasözleşmeye konulması sırasında da, zaten İPSÖK onayına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu onay baştan verildikten sonra, yetkinin her kullanımında tekrar onay aramak, kayıtlı sermaye sisteminin amacı ve artırımını kolaylaştıran usulü ile de bağdaşmamaktadır³⁴.

³³ Bkz. **CENKÇİ**, s. 139; yazar ayrıca, "...kararların esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğu kabul edilmeseydi, bu yönde bir düzenlemeye ayrıca yer verilmesine gerek görülmezdi" demektedir.

³⁴ Nitekim, eTK ve eSerPK. Döneminden beri savunduğumuz bu yöndeki görüş, gerekçeler ve SPK. uygulaması için özellikle bkz. **Mehmet BAHTİYAR**: Anonim Ortaklıkta Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Onay Yetkisi ve Kayıtlı Sermaye Sistemi, Makaleler I, İstanbul 2008, s. 170 vd.

SONUÇ

Ele aldığımız iki soruna ilişkin vardığımız sonuçları şöyle özetleyebiliriz:

1. Kayıtlı sermaye sistemi içinde artırıma yetkili olan yönetim kuruluna, yeni payları imtiyazlı çıkarma konusunda yetki veren bir hüküm yok ise, yönetim kurulu yetkisi olmayan bu hususta karar da alamayacağından, yeni payların ancak imtiyazsız (adi) pay olarak çıkarılabileceği ve yapılacak artırımda mevcut pay sahiplerinin, yeni paylardan, rüçhan hakları ölçüsünde (TTK 461) pay edinebileceği sonucuna varmak gerekmektedir.

Bu durumda, halka kapalı şirketlerde her bir somut olayda, sistem içi tüm artırımların imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olup olmadığına bakılmalı, onların haklarını ihlal edecek nitelikte bir artırım yapılıyorsa, TTK 454 uygulanmalıdır.

Halka açık şirketlerde ise, SerPK 18/4'ün açık hükmü uyarınca sistem içi artırımlar İPSÖK onayına tabi olmayacaktır. SerPK'nın bu hükmünü TTK 454 ile karşılaştırmak gerekirse, sistem içi artırımlarda İPSÖK onayı aramayan SerPK hükmü, TTK'ya oranla daha isabetli olup, sisteminin amacına daha uygun bir düzenleme niteliğindedir.

2. Sistem içinde yapılacak sermaye artırımları bir anasözleşme değişikliği niteliğinde sayılmamalıdır; TTK 460/6 ve SerPK 18/7 hükümleri de birer uyarılama hükmü kabul edilmelidir.

TTK ve SerPK hükümleri ile bunlara bağlı ikincil düzenlemeler arasındaki izaha muhtaç farkların temel nedeni, sistem içi artırımların niteliğinin kanun/kural koyucular tarafından tam anlaşılabilmesi, bu nedenle, kayıtlı sermaye sisteminin doğasına ve pratik işleyişine aykırı kurallar öngörülmesidir. Sistem içi artırımların bir anasözleşme değişikliği olmadığı kabul edildiğinde, Bakanlık iznine de, İPSÖK toplantısına da ihtiyaç kalmayacak, fakat imtiyazlı pay sahipleri de hukuki bir korumadan yoksun kalmayacaktır.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Betül: İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2019.

BAER, Rolf: Revidertes Aktienrecht 1991, Bern-Stuttgart-Wien 1992.

BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996 (Kayıtlı Sermaye).

BAHTİYAR, Mehmet: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi, Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 64 vd.

BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Onay Yetkisi ve Kayıtlı Sermaye Sistemi, Makaleler I, İstanbul 2008, s. 170 vd.

- BİÇER, Levent:** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları, Ankara 2019.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan:** Şirketler Hukuku, Bursa 2019.
- CENKÇİ, Esra:** Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul 2015.
- COŞTAN, Hülya:** Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı, BATİDER, C. XXVIII, S. 3, Y. 2012, s. 187 vd.
- HELVACI, Mehmet:** Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı Usulü ve Bu Sisteme Tabi Olan Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı, BATİDER, C. XVIII, S. 1-2, Y. 1995, s. 166 vd.
- İPEKEL, Ferna:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Y. 2013, C. 8, Özel Sayı s. 1439 vd.
- KARAHAN, Sami (Edit.):** Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013.
- KARAHAN, Sami:** Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Konya 1991.
- KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT:** Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013.
- MANAVGAT, Çağlar:** Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016.
- MANAVGAT, Çağlar:** Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, BATİDER, 2013, S. 1, s. 65 vd.
- MOROĞLU, Erdoğan:** Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul 2018.
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU:** Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2019.
- Selen SERDER YILMAZ:** TTK'da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, Haziran 2013, s. 197 vd.
- SOYKAN, İ. Cem:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019.
- ŞENER, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2022.
- ŞENER, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 1. Bası, Ankara 2012 (Ortaklıklar, 1. Bası).

TÜRKOĞLU UTKU, Ferah: Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Ankara 2016.

*** COVID 19 PANDEMİSİ SÜRECİNDE AVRUPA BİRLİĞİ
DÜZENLEMELERİNE BAKIŞ VE AŞI PASAPORTU
UYGULAMASINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME**
(AN OVERVIEW OF THE EUROPEAN UNION REGULATIONS DURING THE
COVID 19 PANDEMIC AND AN EVALUATION OF THE EU DIGITAL COVID
CERTIFICATE (VACCINE PASSPORT) APPLICATION)

Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt LL.M. Eur. (Munich) * **

ÖZ

2019 yılı Aralık ayında adı duyulan ve birkaç ay içinde devasa bir salgına dönüşen Covid-19 Pandemisinde, virüsün ortaya çıkışından bugüne kadar yaklaşık 2 yıllık süre içinde, dünya üzerinde toplam vaka sayısı 300 milyona, can kaybı ise yaklaşık 5,5 milyon sayısına ulaşmış bulunmaktadır. Pandemi ile mücadele kapsamında aşı uygulamaları da 2021 yılı başlarında hayata geçirilmiştir. Covid 19 Pandemisine karşı Avrupa Birliği (AB) ve kurumları ilk aşamada mücadelede son derece etkisiz kalmışlardır. Ekonomik, siyasal, kültürel ve hukuki entegrasyon hedefleri olan ve uluslar üstü bir yapıya dönüşmüş olan AB, Covid-19 ile olan mücadelesinde adeta sınıfta kalmış ve bu husus AB kurum yetkililerince de yüksek sesle ifade edilmiştir. Ayrıca üye ülkeler, AB'nin önemli hedeflerinden biri olan entegrasyon sürecine tamamen zıt bir şekilde hareket etmişlerdir. Süreçte AB'nin oluşturmuş olduğu sistemin sorunlu ve yetersiz kaldığı, denetleme ve tedbirlerin uygulanması sırasında üye ülkelerin farklı şekilde hareket ettikleri de görülmüştür. AB, Aşı Pasaportu uygulamasını 2021 yılı Temmuz ayı içinde başlatmıştır. Aşı pasaportu uygulaması ve bu uygulamaya dönük düzenlemeler, hem AB içinde hem de üye ülkelerde farklı şekilde değerlendirilmiştir. Pandemiyle mücadele kapsamında hazırlanan düzenleme ile seyahat özgürlüğü ve kamu sağlığı açısından bu hakkın sınırlandırılması arasında dengenin sağlanmasına yönelik hedefler içeren aşı pasaportu-sertifikası uygulaması AB hukuku açısından sorunlu ve açık olmayan hususlar içerdiği için incelenmeyi hak etmektedir.

* Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 17.02.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.02.2022. Onaylanma Tarihi: 27.02.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7489-9029

Esere Atıf Şekli: Kutluhan Bozkurt, “Covid 19 Pandemisi Sürecinde Avrupa Birliği Düzenlemelerine Bakış ve Aşı Pasaportu Uygulamasına İlişkin Bir Değerlendirme”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.101-123.

Anahtar Kelimeler: Covid-19 ve Pandemi Tedbirleri, Aşı Pasaportu, Dijital Sertifika, AB Düzenlemeleri Kapsamında Kamu Sağlığı ve Seyahat Özgürlüğü, Aşı Karşıtlığı, AB Hukuku ve Covid 19

ABSTRACT

During the COVID-19 pandemic, which was announced in December 2019 and turned into a massive outbreak within a few months, the total number of cases in the world has reached 300 million and the number of casualties has reached approximately 5.5 million in a period of approximately 2 years since the emergence of the virus. Within the scope of combating the pandemic, vaccination practices were also implemented in early 2021. The European Union (EU) and its institutions have been extremely ineffective in the fight against the Covid 19 pandemic in the first phase. The EU, which has been transformed into a supranational structure with economic, political, cultural and legal integration goals, has almost failed in its fight against Covid-19, and this has been loudly expressed by EU institution officials. In addition, member states have acted in a manner completely contrary to the integration process, which is one of the important goals of the EU. In the process, it was also observed that the system established by the EU was problematic and inadequate, and that member states acted differently during the implementation of inspections and measures. The EU launched the Vaccine Passport scheme in July 2021. The implementation of the vaccine passport and the regulations for this implementation were evaluated differently both within the EU and in member states. The implementation of the vaccine passport-certificate, which aims to ensure a balance between the regulation prepared within the scope of combating the pandemic and the limitation of this right in terms of freedom of movement and public health, deserves to be examined as it contains problematic and unclear issues in terms of EU law.

Keywords: Covid-19 and Pandemic Measures, Vaccine Passport, Digital Certificate, Public Health and Freedom of Movement under EU Regulations, Anti-Vaccination, EU Law and Covid 19

I. Giriş

Yaklaşık iki yıldır “COVID 19 - Corona Pandemisi” dünya üzerindeki yaşamı son derece olumsuz etkilemektedir. Kuşkusuz bu etkileme sürecinin yakın bir zamanda bitme olasılığı mevcut koşullarda oldukça zayıf görünmektedir. Zira; pandemiye sebep olan virüsün gün geçtikçe daha çok mutasyona uğraması ve aşından kaçabilme yeteneklerini geliştirmesi onunla

YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)

olan küresel mücadeleyi de olumsuz etkilemektedir. Kuşkusuz virüsün dünya üzerinde mevcut ülkelerin hemen hemen tümünde görünmesi ve yaşamı olumsuz etkilemesine rağmen, ilk bir yıllık süre içinde bazı aşılara acil kullanım izni ve onayının verilmesi de önemli bir gelişme olarak not edilmelidir.

Gelişmiş ülkelerde aşılama oranları hayli yüksek seviyelere ulaşmış olmasına rağmen, özellikle gelişmemiş ve yoksul ülkelerde aşılama oranları halen çok düşük seviyelerde seyretmektedir. Bu da virüsle olan mücadeleyi sekteye uğratmaktadır. Yakın zamanda baskın tür haline gelen *Omicron* varyantı Güney Afrika'dan dünyaya yayılmış ve bu varyantın; *Delta* varyantından farklılaşarak çok daha hızlı bulaşabilme ve aşılarından kısmen kaçabilme özelliklerine sahip olduğu uzmanlarca ifade edilmektedir.

Genel olarak Afrika Kıtası ülkelerinde ve özel olarak Güney Afrika'da aşılama oranlarının çok düşük olması kuşkusuz bu varyantın gelişimine uygun atmosferi ve koşulları sağlamıştır. Bu da aslında tüm dünya halkalarının büyük bir oranının aşılansız sonuca virüs ile esaslı bir mücadelenin ve başarının sağlanabileceğini ortaya çıkarmaktadır.

Bilindiği üzere; 2020 yılı Mart ayı itibarıyla insanlık küresel bir salgının ilk etkileri ile yüzleşmiştir ve salgından dolayı gündelik hayat pek çok ülkede, hemen hemen dünya üzerindeki tüm ülkelerde, negatif etkilenmiştir. Halen de salgın etkilerini artırarak sürdürmeye devam etmektedir. Uluslararası kamuoyu salgının 2019 yılı Aralık ayı içinde Çin Halk Cumhuriyeti'nin *Wuhan* eyaletinde, canlı hayvan pazarından ilk temas ve bulaşma ile dünyaya yayıldığını öğrenmiş,¹ ancak süreç içinde aslında virüsün çok daha önceleri, 2019 Eylül ve Ekim ayları içinde yayılmaya başladığı, hatta salgının ilk olarak Çin Halk Cumhuriyeti'nden değil de 3. bir ülkeden yayılmaya başladığına dair bilgi ve söylemler de ortaya çıkmış ve bu yönde tartışmalar da olmuştur.²

Bununla beraber sağlık alanında uluslararası bir kurum ve otorite olan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) salgının kökeni, nasıl ve nereden başladığıyla ilgili araştırma ve incelemeler başlatmış ve bu konuyla ilgili olarak Çin Halk Cumhuriyeti'nden bütün bilgi ve verileri istemiştir. Çin Halk Cumhuriyeti

¹ Bilindiği üzere; virüsün ilk defa Çin'in *Wuhan* eyaletinde bir solunum yolu hastalığı olarak ortaya çıktığı ve bu hususun DSÖ'ne 2019 Aralık ayı sonu itibarıyla bildirilmesiyle diğer ülkeler COVID 19'dan haberdar olmuşlardır. Bkz. Batı, M., & Çağlayan, S. (Eds.), *Bir Küresel Salgın ve Hukuk COVID – 19*, Seçkin 2021, s. 7.

² Bolayır, K., Bozkurt, K., Belçika ve Kıbrıs'tan Pandemi Notları, 2021 s. 183-190. Bkz ayrıca; Kanadoğlu, K., Bozkurt, K., *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı*, Onikilevha 2021, s. 54.

ise uzun süre DSÖ görevlilerine ülkeye geliş izni vermemiş, daha sonra ise sınırlı sayıda ve sürede DSÖ görevlilerinin konuyla ilgili ülkede kısmen araştırma yapma olanakları olmuştur.

Bazı ülkelere virüsün kaynağının *Wuhan* eyaletinde bulunan bir laboratuvar olduğu da ileri sürülmüş ve konuyla ilgili yorumlar da yapılmıştır.³ Salgının kökeni ve ilk bulaşın nerede olduğuyla ilgili inceleme ve araştırmaların henüz sonuçlanmadığını da ifade etmek gereklidir.

II. Sağlık Hakkı ve Pandemi

Salgının başlangıcından bu yana iki yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına rağmen salgın hala pek çok ülkeyi ve milyarlarca insanı etkilemeye devam etmektedir. Şimdiye kadar salgın ile ilgili olarak yaklaşık olarak 300 milyon civarında vakanın kayıtlara geçtiği ve bugüne kadar COVID-19 kaynaklı ölümlerin ise yaklaşık 5,5 milyon kişiye ulaşmak üzere olduğu verilerden görülmektedir.⁴ Aynı süreçte hastalığa yakalanıp ve bu hastalığı atlatan kişilerin sayısının ise 212 milyon civarında olduğu görülmektedir.⁵ Salgının başlangıcından bu yana hastalığa yakalanıp da hastalığı atlatanlarının sayısı ise yaklaşık olarak 260 milyon civarındadır.⁶

Bilindiği üzere; 2021 yılı başlarında DSÖ'nden acil kullanım izini alan aşılardan birlikte pek çok ülkede aşılama başlanmış, bugüne kadar toplam uygulanan aşı dozu ise John Hopkins Üniversitesi'nin verilerine göre 9 milyar dozu aşmış görünmektedir ve yine verilere göre yapılan ikinci doz aşılardan sayısı ise yaklaşık olarak 962 milyon seviyelerine ulaşmıştır.⁷ Bununla beraber; yoksul ve az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin DSÖ tarafından acil kullanım izni verilen aşılarla erişim imkânları halen son derece sınırlı kalmıştır ve ayrıca belirtmek gerekir ki bu kategorideki ülkelerin nüfuslarının büyük bir çoğunluğunun halen 1. ve 2. doz aşı uygulamasından yararlanma olanaklarının olmadığı da bilinmekte ve ifade edilmektedir.⁸

Salgının başlangıcından bu yana, son verilerden de anlaşıldığı üzere, enfekte olan kişi sayısının hızlı bir ivme ile arttığı, keza salgına bağlı can kayıplarının da benzer bir eğilim gösterdiği, virüsün bugüne kadar çok

³ Ibid.

⁴ <https://coronavirus.jhu.edu/> Erişim tarihi: 05.01.2022. Bkz. ayrıca; <https://www.worldometers.info/coronavirus/> Erişim tarihi: 05.01.2022.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> Erişim tarihi: 05.01.2022.

⁸ Bolayır, Bozkurt 2021, s. 229.

defalar mutasyon geçirdiği ve hala da geçirmeye devam ettiği açık bir şekilde görülmekte ve anlaşılmaktadır. Kuşkusuz küresel salgın nedeniyle sağlık hakkı, sağlıklı yaşam hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma ve tedavi olma hakkının önemi katlanarak artmıştır. Bilindiği üzere; günümüzün vazgeçilmez temel değerleri arasında hayli önemli bir yere sahip olan sosyal hukuk devleti anlayışının, sağlık hakkının, yaşama hakkının bütünüleyici bir parçası olarak ortaya çıkmasında önemli katkısı olmuştur.⁹

Hali hazırda bütün ağırlığıyla ve hızıyla devam eden salgın aslında pek çok ülkede sosyal devletin, büyük ve ağır salgınlar karşısında çok zorlanabileceğini, hatta sağlıklı ve uzun vadeli politikalar üretemeyebileceğini de göstermiştir. Ancak yine de sosyal devlet anlayışı ve uygulamalarının salgın ile mücadelede önemli bir yaklaşım ve unsur olduğu unutulmamalıdır. Zira salgın sürecinde yaşananlar sosyal devletin lokomotif gücü ile şekillenen sağlık ve sağlıklı yaşam hakkının korunmasının çok daha vazgeçilmez olduğunu da ortaya çıkarmıştır. Hatta ülkelerin tek başlarına bu salgınla mücadele etme yeteneklerinin son derece kısıtlı olduğunun bizzat deneyimlenmesi ile evrensel ölçekte sosyal bir dayanışma ve örgütlenmenin gerekliliği, bu noktada sınır aşan sosyal devlet anlayışının oluşturulmasının önemi bariz bir şekilde görülmüştür.¹⁰

Sınır aşan sosyal devlet anlayışı ve uygulamaları, salgının önlenmesi ve dünya vatandaşlarının korunması için ülkelerin salgınla mücadelede evrensel politikalar ve hukuki düzenlemeler oluşturmaları noktasında önemli bir adım olacaktır. Bilindiği üzere; salgının son derece tehlikeli ve ölümcül olması nedeniyle, virüsle dünya çapında mücadele kapsamında farklı zorunlu tedbirlerin alınması, bu tedbirlerin özünde ise insan hayatının korunmasının varlığı bilimsel bir gerçeklik olarak kabul edilmektedir,¹¹ özellikle yoksul ve gelişmekte olan ülkelere sınır aşan sosyal devlet anlayışı

⁹ Kanadoğlu, Bozkurt, 2021, s. 55. Bkz. ayrıca; Türk, H. S., Sağlıklı Yaşama Hakkı ve Koronavirüs Salgını, Yetkin 2021, s. 3-4.

Kuşkusuz salgın akademik dünyada da yeni bir alan açmıştır. Salgının hukuksal boyutu ile ilgili yayınlar çıkmaya başlamış ve her geçen gün bu yayınların sayısı hem ulusal ölçekte hem de uluslararası alanda artmaya başlamıştır.

¹⁰ Elbette pandemi kurumlar sosyolojisi açısından da etkiler yaratmaktadır. Bkz. bu yönde bir çalışma için: Özcan, M., Kurumlar Sosyolojisi Perspektifinden Pandemi Döneminde Kurumsallaşma Pratikleri, 2022. <https://doi.org/10.20304/humanitas.975568> Erişim tarihi: 10.01.2022.

¹¹ Hekimoğlu, M. M., Covid-19 Pandemisi Kapsamında Alınan Tedbirlere Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Bir Bakış. Murat Batı & Sezai Çağlayan (Eds.), Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, s.203. Bkz. ayrıca; Kanadoğlu, Bozkurt, 2021, s. 56.

ve uygulamalarının aktarımı ve bu ülkelerin bu bağlamda desteklenmesi önemli bir adım ve hedef olacaktır.

III. Pandemi ve Hukuk

Küresel salgın ile mücadelede ulusal ve uluslararası yaklaşımlar açısından doğru hukuk politikalarının oluşturulması ve evrensel ölçekte uygulamaya geçirilmesi önem kazanmaktadır. Bu bağlamda salgın ile mücadelede alınacak tedbirlerin hukuksal bir temele, hem ulusal hem de uluslararası hukuk açısından, oturtulması ve tedbirlerin hukukiliğinin sağlanması için bir konsensüsün oluşturulması doğru bir yaklaşım olacaktır.

Görüldüğü ve yaşandığı üzere; salgın özellikle ulusal hukukları, DSÖ'nün almış olduğu kararlarla bağlantılı olarak uluslararası hukuku ve en nihayetinde uluslar üstü bir yapı olan AB hukukunu etkilemiş ve süreç içinde ilgili hukukların ve mevzuatın şekillenmesine etki etmiştir.¹² Kuşkusuz bu sürecin, başka bir ifade ile ulusal, uluslararası hukukun ve ayrıca; AB hukukunun ve mevzuatının şekillenme sürecinin henüz sonuçlanmadığını da gözden kaçırmamak gerekir. Elbette bu değişim sürecinin sağlıklı ve verimli olabilmesi ve ayrıca, küresel salgının sona erdirilebilmesi için alınmış ve halen alınmakta olan tedbir ve kısıtlamalarla ilgili olarak hukuk sistemlerinin revize edilebilmesi noktasında, uluslararası hukuk perspektifinde bir işbirliği ve dayanışma platformunun oluşturulması önemli bir adım olacaktır. Bir sonraki aşamada ise temel hak ve özgürlükler ile tedbir ve kısıtlamalar arasında hukuksal bir dengenin kurulması, hakkın özünün korunması ile kamu sağlığı ve uluslararası toplumların sağlığı arasında evrensel bir dengenin oluşturulması ve bunun korunması hukuken özel bir önem taşımaktadır.¹³

Küresel salgın ile mücadelede hukuk eksenini ve boyutu son derece önemlidir. Zira anayasalarca tanımlanmış ve koruma altına alınmış temel haklar ve özgürlükler ile insan haklarının korunmasını şiar edinmiş uluslararası hukuk düzenlemeleri ve ayrıca; uluslararası yüksek yargı organlarınınca verilmiş kararlardaki anlayış, hukuksal tespit, yaklaşım ve dengenin gözetilmesi temel hedefler olmalıdır. Böylelikle sağlık hakkı ve sağlıklı yaşama hakkı noktasında hem ulusal hukukların hem de uluslararası hukukun küresel salgınla mücadelede müdahale alanının ve çerçevesinin temel sınırları oluşturulacaktır. Bu noktada, insan haklarının yaratmış

¹² İbid.

Covid-19'un hukukun farklı alanlarına etkisi ile ilgili güncel bir çalışma için bkz. Batı, M., & Çağlayan, S. (Eds.), Bir Küresel Salgın ve Hukuk COVID – 19, Seçkin 2021.

¹³ Kanadoğlu, Bozkurt, s. 56.

olduğu değerler ve anlayışlar çerçevesinde, insan haysiyeti ve en nihayetinde ortak hedefler ve beklentilerle sağlık hakkının şekillenmesi ile ulusal hukuklar ve uluslararası hukuk uygulamaları arasında dengenin ve uyumun sağlanması da bir diğer önemli kazanım olacaktır.¹⁴

Kuşkusuz dünyayı etkisine alan küresel salgın ile ülkelerin tek başlarına mücadele etmeleri oldukça zor olduğu için kolektif bir mücadele gerekliliği de hayli önem kazanmaktadır. Bu noktada salgına karşı mücadelenin aslında sağlık hakkı ile ilgili daha güncel ve yeni düzenlemelerin ve böylelikle sağlık hukukunun sınır aşan şekilde şekillenmesi açısından, önemli fırsatları da getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada özellikle DSÖ ile BM'nin uluslararası alanda, AB'nin de AB sınırları içinde daha aktif tavırlar alıp bunları uygulamaya geçirmeleri ve salgından etkilenen tüm devletlerin ortak bir strateji ile hem salgınla mücadele için hem de sağlık hakkı, sağlıklı yaşam hakkı ve uluslararası sağlık hukuku için daha verimli bir dönem ve süreci başlatmaları imkânı olgunlaşma yolunda ilerlemektedir.¹⁵

IV. AB ve Pandemi

Küresel salgın AB'yi hazırlıksız yakalamakla kalmayıp, kurumun yetersizliklerini ve üye ülkeler arasındaki uyum ve uygulama problemlerini, başka bir ifade ile entegrasyon sorunlarını, ortaya çıkarmıştır. Salgının ilk aylarında üye ülkeler, özellikle İtalya, İspanya ve sonrasında diğer bazı AB üyesi bazı ülkeler, hayli olumsuz etkilenmiş, adeta tek başlarına salgın ile mücadele etmek zorunda kalmışlardır.¹⁶ Salgının yayılmaya başlamasından itibaren neredeyse ilk 6 aylık süre içinde AB'nin kurumsal olarak pek bir etkinliği göze çarpmamış veya salgının önlenmesi ve tedbirlerin alınması noktasında tavrı veya inisiyatifi çok zayıf kalmıştır. Hatta bu husus bizzat AB Komisyonu Başkanı *Ursula von der Leyen* tarafından daha sonra deklere edilmiştir.¹⁷ Bu da aslında yaşanan küresel salgının, devasa bir organizasyona dönüşen ve bir uluslar üstü yapı olan AB'nin hala tam olarak kurumsallaşmadığını ve üye ülkelerin ortak politikalar üretmekte ne kadar zorlandıklarını hem AB'ye hem de üye ülkelere göstermesine vesile olmuştur. Bu durum aslında AB'nin başarısızlıklar hanesine düşülen önemli bir not olarak algılanmalıdır. Neyse ki sürecin yönetiminde çok yetersiz kaldığı, doğru politikalar üretilemediği ve üye ülkeler arasında koordinasyonun sağlanamadığının AB'nin yetkili ağızları tarafından

¹⁴ Azarkan, E., Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, Seçkin 2018, s. 29-34.

¹⁵ Kanadoğlu, Bozkurt, s. 57.

¹⁶ Bolayır, Bozkurt, 2021, s. 182-185.

¹⁷ İbid.

açıklanması, salgının sonraki süreçlerde etkili bir şekilde yönetilmesine yönelik önemli bir politika değişikliği olarak görülmelidir. Zamanla AB'nin ilk dönemlerdeki etkisiz ve pasif tavrının yerini biraz daha etkili ve işlevsel politikaların aldığı görülmüştür.

AB salgın ile mücadelede ilk şoku atlattıktan sonra kurumsal olarak varlığını gösterme ve üye ülkeler ile ortak hareket etme yönünde tavır değişikliğini içeren politikaları benimsemeye başlamıştır. Bu arada Birlik için dört temel özgürlük prensibini ifade eden “malların, hizmetin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımı” ilkelerinin ve uygulamasının salgından olumsuz etkilenmesi ve özellikle salgının kişilerin ve hizmetin serbest dolaşımını sekteye uğratması çözülmesi gereken önemli bir sorun haline bürünmüştür. Ayrıca; üye ülkelerin birbirlerinden ve AB'den bağımsız olarak aldıkları tedbirlerin farklılık göstermesi, uyum sorunu, tedbir politikalarında ülke çıkarlarının AB çıkarlarından önce tutulması aslında AB'nin ciddi entegrasyon sorunlarını hala yaşadığını, ortak politikalar üretmekte çok zorlandığını da bir kez daha göstermiştir. Bunu engellemek, özellikle yukarıda vurgulanan dört temel serbestinin, malların, hizmetin, kişilerin ve sermayenin dolaşımının salgından en az etkilenmesi için bu alanlarda ortak tedbir ve uygulamaların geliştirilmesine yönelik olarak attığı adımlar çerçevesinde aşılmalara derhal başlanması ve aşı pasaportu uygulamasının yaygınlaştırılmasını AB öncelikli olarak hedeflemiştir.

Salgın ile mücadelede gerekli güncel yasal düzenlemelerin hazırlanması ve uygulamaya geçirilmesi önem kazanmıştır. AB, sağlık hakkının korunması noktasında Avrupa Sosyal Şartı (ASS), Avrupa Konseyi (AK) düzenlemelerini,¹⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) ile Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma (ABA) ve son olarak Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA) düzenlemelerini özellikle dikkate almaktadır. ASS'nin 11. maddesinin 3. fıkrası salgın hastalıkları önlemek ve tedbir alma yükümlülüğünü taraf devletlere getirmektedir. Bunun dışında AİHS açısından da taraf devletlerin sorumlulukları bulunmaktadır. Her ne kadar

¹⁸ Bu bağlamda özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi (Oviedo Konvansiyonu) dikkate alınmalıdır. Bu arada belirtmek gerekir ki 14. Protokol'ün 17. maddesi ile AİHS'nin 59. maddesi hükümleri uyarınca AB'nin AİHS'ne katılma olanağı sağlanmıştır. Bununla beraber yine de vurgulamak gerekir ki AİHS'nin özellikle devletlerin üyeliğine olanaklı olacak şekilde düzenlendiği gözden kaçırılmamalıdır. 14. Protokol'e rağmen AB'nin AİHS'sine taraf olması halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işleyişi açısından bazı sorunların çıkması beklenmelidir. Bkz. Aybay, R., İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı 2015, s. 118 ve 159.

AB, AİHS'nin tarafı olmasa da AB'nin tüm üye devletlerinin AİHS'nin tarafı olduğu gözetildiğinde AİHS'nin “özel yaşamın korunmasını” düzenleyen 8. maddesinin, “yaşam hakkının korunmasını” düzenleyen 2. maddesi bağlamında salgınla mücadelede üye devletlere destek vermesi beklenmektedir. Oviedo Konvansiyonu, AK'nin önemli bir düzenlemesi olup, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi olarak da bilinmektedir.¹⁹ Bu düzenlemenin 1. maddesi kapsamında bu konvansiyona taraf AB üyesi devletler (ve dolaylı olarak AB'nin de), tüm Birlik vatandaşlarının haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında ayırım yapmadan herkese ve herkesin vücut bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlü kılındıkları anlaşılmaktadır.²⁰

ABA'ya bakıldığında ise 2. madde kapsamında yer alan “insan haklarına saygı, insan onuruna saygı” tanımlamaları çerçevesinde,²¹ salgın ile mücadelenin yürütülmesinin gerekliliği dolaylı olarak anlaşılabilir. Kuşkusuz buradaki yükümlülük, salgın ile mücadele, salt AB'ye ait değildir ve üye ülkelerin de bu konuda gerekli özen ve dikkati göstermesi gerekmektedir. ABİA'ya bakıldığında ise sağlık ile ilgili birden fazla düzenleme olduğu görülmektedir.²² Salgın ile mücadelede dikkate alınması gereken önemli düzenleme ABİA'nın 168. maddesi bağlamında “halk sağlığı” başlığında düzenlenmiştir.²³ Birlik vatandaşlarının sağlıklarının korunması noktasında AB'nin anayasal, başka bir ifade ile kurucu antlaşmalar seviyesinde bir düzenlemesinin var olduğunu söylemek mümkündür. 168. madde ile üye devletlerin iç politikaları ile Birlik politikaları arasında bir uyumun ve hukuksal bütünlüğün sağlanmasının da hedeflendiği ayrıca görülmektedir.

ABİA'nın 168. maddesi ile büyük salgın felaketleriyle mücadele olgusu ve bu amaçla halk ve bireysel sağlığa yönelik ağır ve vahim sınır ötesi tehlikelerin takip edilmesi, bu risk ve tehditlerle ilgili erken uyarı mekanizmasının oluşturulması, bu mekanizmanın uygulaması ve sağlığa

¹⁹ Bkz. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (İHBTS).

²⁰ 1. maddenin hükmüne bakıldığında şu düzenlemenin yer aldığı görülmektedir: “(...) tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır (...)”. Salgın ile mücadelede AB üyesi devletler kadar AB'nin de bu kriterleri dikkate alması önem arz etmektedir.

²¹ Bkz. 2. madde ABA.

²² Bkz. 114, 151, 153 ve 156. maddeler, ABİA.

²³ Bkz. 168. madde, ABİA.

yönelik bu ciddi tehditlerle mücadele edilmesi hususları da önem kazanmaktadır. Aslına bu madde, ABİA 168.maddenin 1. fıkrasının 1. bendi hükmü, AB'nin kurumsal olarak mevcut salgın ile mücadeledeki yükümlülüklerini açık bir şekilde ortaya çıkarmaktadır. Salgının ilk 6-9 aylık bölümünde AB'nin kurumsal olarak ilgili madde hükmüne uygun davranmadığı, "bir erken uyarı sistemini" uygulamaya geçiremediği ve acil önlemleri alamadığı rahatlıkla söylenebilir. Muhtemeldir ki bu durum AB'nin politikalarında ve uygulamalarında bazı değişikliklere yol açacaktır. Ayrıca burada AB'nin bir hukuksal sorumluluğu da ihtimal dâhilindedir. Bu hususun önümüzdeki dönemde bir dava veya şikâyet konusu olarak AB'nin ve/veya kurumlarının önüne gelmesi yine olasılık dâhilindedir.

Son olarak AB Temel Haklar Şartı'nın 35. maddesi kapsamında salgın nedeniyle olsun veya olmasın, (i)- herkesin koruyucu sağlık hizmeti alma hakkına, (ii)- herkesin tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahip olduğu, düzenlemeleri yer almaktadır. Bu nedenle üye ülkelerin salgın ile mücadele kapsamında Birlik yurttaşlarına hem koruyucu sağlık hizmeti sunma, aşılama hizmeti de bu bağlamda düşünülebilir, hem de salgına yakalanan Birlik yurttaşlarına tıbbi tedavi olanakları sunmakla yükümlü kılınmışlardır.²⁴

V. Aşıların Geliştirilmesi, Aşılamanın Başlaması ve Zorunlu Aşı

Virüsün pek çok ülkeyi etkilemeye ve süreç içinde ölüm riski yüksek bir pandemiye dönüşmesiyle virüse karşı mücadelede, önleme ve tedavi araştırmaları hız kazanmıştır. Salgının üzerinden 1 yıl dahi geçmeden aşı çalışmalarında umut veren gelişmeler olmuş ve bu gelişmeler uluslararası kamuoyunca paylaşılmıştır. Süreç içinde DSÖ de aşı çalışmaları ile ilgili süreci ve koordinasyonu, geçici/acil kullanım izni ile ilgili prosedürleri hayata geçirmiştir. 2021 yılının hemen başında acil kullanım izni alan aşıların uygulanacağını devletler birer birer açıklamaya başlamışlardır. Elbette aşıların kısa bir süre içerisinde geliştirilmesi ve insanların aşılama başlanmasıyla virüs ile mücadelede önemli bir eşik aşılmıştır. Aşılamaların başlamasıyla birlikte bazı ülkelerde genel olarak aşı karşıtlığının, özel olarak ise *Corona (Covid 19)* virüsüne karşı geliştirilen *mRNA*²⁵ tipi aşılarla karşı aşı karşıtlığının da başladığını ifade etmek gereklidir. Dünyanın pek çok ülkesinde yaşanan aşı karşıtlığı hareketinin son yıllarda Türkiye'de de yaygınlaştığını özellikle vurgulamak gerekir.²⁶

²⁴ Bkz. 35. madde, AB Temel Haklar Şartı.

²⁵ Bu tip aşılar içinde *BioNTech & Pfizer* ve *Moderna* gibi aşılar öne çıkmaktadır.

²⁶ Kanadoğlu, O. K., Zorunlu Aşının Anayasallığı, VIII. Sağlık Hukuku Kurultayı, 29-30 Kasım 2019, Ankara Barosu 2019, s. 7.

Corona aşularının ve özellikle *mRNA* tipi aşuların, aşı karşıtlığı hareketlerini hem pek çok ülkede hem de Türkiye de tetiklediğini ve ona ivme kazandırdığını söylemek gerekir. Süreç içinde aşulamaların başlaması ile birlikte aşuların hazırlanış-yapılış tekniği ve bazı ülkelerde aşulamaların zorunlu tutulması²⁷ ve bunun yavaş yavaş yaygınlaşmaya başlaması üzerine yoğun sayılabilecek tartışmalar yaşanmış, bazı ülkelerde aşı karşıtlığı hareketleri küçük ölçekli protesto hareketlerine ve hatta sokak çatışmalarına dönüşmüştür.²⁸

Zorunlu aşılama kuşkusuz hem ulusal hukuklar²⁹ hem de uluslararası hukuk, keza AB hukuku açılarından oldukça büyük tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Özellikle mevcut salgının önlenmesi noktasında *mRNA* tekniği ile hazırlanan aşuların olası genetik etkileri aşı karşıtlarınca ciddi bir argüman olarak kullanılmakta ve bu teknikle hazırlanan aşulara hem bilinçli hem de bilinçsiz bir reaksiyon ve tepki ile kamuoyu oluşturulmaya çalışılmaktadır.³⁰ Her geçen gün, kuşkusuz aşı karşıtlığı açısından şimdilik küçük de olsa, bu hareketin yaygınlaşma eğilimi gösterdiğini söylemek çok hatalı olmayacaktır. İnsan hakları açısından bakıldığında aşılamanın zorunlu tutulması bağlamında bireyin ve toplumun sağlığının korunması ile zorunluyu aşuyu kabul etmeme, başka bir ifade ile aşının reddi, arasında hukuken bir dengenin yaratılması önem kazanmış

²⁷ Aşılamanın zorunluluğunu AB içinde ilk kabul eden ülke Avusturya olmuştur. Hali hazırda diğer bazı ülkelerde zorunlu aşuyu kamuoyunda tartışmaya acımışlardır.

²⁸ Aşı karşıtlarının Hollanda, Almanya ve Belçika'da yapmış oldukları gösteriler basına yansımıştır. Bkz. ayrıca Kanadoğlu, Bozkurt, s. 58 ve 99.

COVID-19 Aşı Kararsızlığı ve Aşı Yaptırmama hususuyla ilgili değerlendirme için bkz. Şaşmaz, V. T., COVID-19 Aşı Karşıtlığı ve Aşı Yaptırmama, in: TTB, COVID-19 Pandemisi 18 Ay Değerlendirme Raporu, 2021, s. 37-43. Bkz. ayrıca; Yumru, M., Karakoç D. S., COVID-19 aşı karşıtlığı-kararsızlığı, Klinik Psikiyatri 2021;24:276-277, DOI: 10.5505/kpd.2021.90692, <https://jag.journalagent.com/kpd/pdfs/KPD-90692-EDITORIAL-YUMRU.pdf> Erişim tarihi: 12.01.2022.

²⁹ Zorunlu aşının hukuksal yönden değerlendirilmesi noktasında bkz. Metin, S., Covid 19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 2021, DOI: 10.26650/JARHS2021-958025 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1845047> Erişim tarihi: 11.01.2022.

³⁰ Aşılarla ilişkin bilimsel bir değerlendirme için bkz. TTB, COVID-19 Aşılar ve Merak Edilenler, El Kitabı 2021. https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid_cep.pdf Erişim tarihi: 12.01.2022. Ayrıca bkz. TTB, COVID-19 Pandemisi 18 Ay Değerlendirme Raporu, 2021. [https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/COVID-19%20Pandemisi%2018%20Ay%20Deg%CC%86erlendirme%20Raporu%20ME%20\(1\).pdf](https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/COVID-19%20Pandemisi%2018%20Ay%20Deg%CC%86erlendirme%20Raporu%20ME%20(1).pdf) Erişim tarihi: 12.01.2022.

görülmektedir. Elbette salgın ile mücadelede aşilar ve aşılama, zorunlu aşılama, ciddi bir mücadele ve savunma unsuru ve yöntemi olarak ortaya çıkmış ve aşılama ile oldukça tehlikeli ve ölümcül olan Covid-19 virüsüne karşı mücadele ve kazanım insandan yana çevrilmiştir. Bununla beraber, *mRNA* tekniği ile hazırlanan ve acil kullanım onayı alan aşuların uygulanması ve özellikle bu aşılamanın zorunlu tutulması elbette hukuken, tıbben, siyaseten ve etik değerler açısından hem ulusal hem de uluslararası ölçeklerde tartışılmayı hak etmektedir.³¹

Görünen odur ki yakın bir gelecekte bu tartışmanın hemen sonuçlanması pek olasılık dâhilinde olmayacaktır. İlk olarak AB üyesi olan Avusturya, Şubat 2022 itibariyle aşılama salgın ile mücadelede zorunlu hale getirecek uygulamayı yürürlüğe geçirecektir. Benzer yönde bazı ülkelerin de, Federal Almanya gibi,³² çalışmalar yaptığı, bazı ülkelerin de aşılamanın zorunlu değil de güçlendirilmesi ve yaygınlaştırılması için yeni tedbirlerin hayata geçirilmesi yönünde çalışmalar yaptığı, Fransa gibi, uluslararası basına yansımıştır.³³ Hatta aşılama zorunlu tutulması hususunun tartışılması gerekliliğini AB Komisyon'u Başkanı *Ursula von der Leyen*' de ifade etmiştir.³⁴

Tüm bu gelişmeler aşılama ve zorunlu aşının salgının hızının ve etkisinin önlenmesi noktasında önemli roller üstlenebilecek olması nedeniyle, salgınla mücadele de kamu sağlığı açısından, başka bir ifade ile kamusal ve halk sağlığı açılarından aşılama bir gereklilik olduğunu göstermektedir. Ayrıca; bilimsel araştırmalar, salgın ile mücadelede aşılama oranlarının tüm ülkeler bazında yüksek oranlara ulaşması gerekliliğini ifade etmekte ve bu noktada virüs ile mücadelede aşılama oranı ne kadar düşük kalır ise virüsün

³¹ Aşı ve Zorunlu Aşının Anayasallığı konusunda detaylı bir çalışma için bkz. Kanadoğlu, 2019.

³² Yakın zamanda Almanya Cumhurbaşkanı *Frank-Walter Steinmeier* “zorunlu aşının” yetişkinler için tartışılmasını önermiştir. Bu konuyla ilgili bir değerlendirme için bkz. Grieshaber, K. and Jordans, F., German president calls for debate over COVID vaccine mandate, 2022. <https://abcnews.go.com/Health/wireStory/german-president-calls-debate-covid-vaccine-mandate-82218665> Erişim tarihi: 12.01.2022.

³³ <https://www.amerikaninsesi.com/a/avrupa-zorunlu-asiyi-tartisiyor/6335214.html> Erişim tarihi: 10.01.2022.

³⁴ https://www.lemonde.fr/international/article/2021/12/01/covid-19-l-union-europeenne-doit-reflechir-a-la-vaccination-obligatoire-selon-la-presidente-de-la-commission-europeenne_6104322_3210.html Erişim tarihi: 10.01.2022. <https://www.bbc.com/news/world-europe-59497462> Erişim tarihi: 10.01.2022. Bkz. ayrıca *Ursula von der Leyen*' in açıklaması için; https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health_en Erişim tarihi: 10.01.2022.

etkinliğini artarak sürdürmesi ve tehlikeli mutasyonlara kapının açık bırakılması olasılığını haklı olarak ortaya çıkarmaktadır. Hali hazırda baskın varyant haline olağanüstü bir hızla gelen *Omicron* varyantı da bu gerçekliği doğrulamaktadır. Görüldüğü kadarıyla *Omicron* varyantı da salgında son mutasyon olmayacaktır. Zira, daha öncede vurgulandığı üzere; pek çok gelişmemiş veya az gelişmiş ülkede hala aşılama ve aşıya erişim oranları çok düşük seviyelerde görünmektedir. Bu da virüsün yeni mutasyonlara uğraması için elverişli atmosferi fazlasıyla sağlamaktadır.

VI. Aşı Sertifikası-Pasaportu Uygulaması

AB'nin salgın ile mücadelede taktik değiştirmesi ile birlikte süreç içinde sekteye uğrayan ve AB için hayati öneme sahip "serbest dolaşımın" tekrar canlandırılması ve pandemi koşullarına uygun hale getirilmesi için üye ülkelerin de bilgisi dâhilinde çalışmalar başlatılmıştır.³⁵ Salgın ile mücadelede farklı aşuların geliştirilmesi ve bu aşuların hem DSÖ hem de aşularını uygulayacak ülkelerin yetkili kurumlarından geçici veya acil kullanım onayı veya izin almalarıyla birlikte serbest dolaşımın canlandırılması için koşullar daha uygun hale gelebilmiştir. Bilindiği ve yaşandığı üzere; salgının olağanüstü bir hızla yayılması; öldürücülük kabiliyetinin yeni mutasyonlarla daha da artmasının olasılık dâhilinde olması nedenleriyle, mevcut senaryo ile mücadele kapsamında yeni tedbirler ve uygulamalar birer birer hem AB üyesi ülkelerde hem de dünyanın pek çok yerinde yürürlüğe girmiştir. Salgın tedbirleri kapsamında sıklıkla sokağa çıkma yasakları, okul kapatmaları, evden çalışma zorunluluğu, maske ve mesafe zorunluluğu ve seyahat kısıtlamaları gibi tedbirler AB üyesi ve diğer ülkelere uygulanmıştır.³⁶

Açıktır ki salgının ayırım yapmadan, başka bir ifade ile ülkelerin gelişmişliklerine bakmadan, iki yüzden fazla ülkeyi etkisi altına alarak, çok sayıda insanın hayatını kaybetmesine neden olduğu ortaya çıkmıştır. Kuşkusuz salgından gelişmemiş veya az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler çok daha fazla etkilenmiş ve halen de etkilenmeye devam etmektedirler. Yoğun araştırma ve deneylerden sonra aşuların hazırlanması ve acil kullanım izinlerinin alınarak aşulamaların başlanması ile birlikte gelişmiş ülkelerin

³⁵ Halisoğlu, T. A., Serbest Dolaşım Bağlamında Avrupa Birliği'nin Yeni Uygulama Aracı: Dijital Yeşil Sertifika, 2021.

<https://dergipark.org.tr/en/pub/tarsusiibfdergisi/issue/62927/937883> Erişim tarihi: 10.01.2022.

³⁶ Sonsuzoğlu, E., Olası Aşı Pasaportu Uygulamasının Hukukiliği. Murat Batı & Sezai Çağlayan (Eds.), Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, s. 109.

az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelere kıyasla aşırı erişim imkânlarının fazla olması ve ekonomik güçleri nedenleriyle, nüfuslarına yetecek kadar aşırı almak için aşı tedarik sözleşmelerini önceden üretici ilaç şirketleriyle imzalamaları, onları kuşkusuz salgın ile mücadelede çok daha avantajlı konuma getirmiştir.

Hatırlanacağı üzere; DSÖ tarafından bazı aşılar için acil kullanım izni ve onayının verilmesi ile birlikte aşı pasaportu veya dijital aşı sertifikası uygulaması hem AB içinde hem de üye ülkelerin kamuoyunda tartışılmaya başlanmış ve ülkeler daha sonra bu konuyla ilgili görüşlerini AB'ye iletilmişlerdir. Ardından AB, pandemi tedbirleri nedeniyle üye ülkelerin almış olduğu tedbirlerde bir uyumun sağlanması ve özellikle seyahat yasaklarının esnetilmesi ve belirli koşullarda geri sağlanması konusunda çalışmalar başlatmış ve bu bağlamda “dijital yeşil sertifika”, başka bir ifade ile “aşı sertifikası-pasaportu” uygulamasının alt yapısını oluşturmak üzere Komisyon yetkili kılınmış ve akabinde Komisyon 2021 yılı Mart ayı içinde hızlıca çalışmalara başlamıştır.³⁷

Komisyon bu çalışma ile temelde virüs salgını nedeniyle zarar gören, engeller-tedbirler nedeniyle durma noktasına gelen seyahat özgürlüğünü ve hizmetin serbest dolaşımını yeniden aktif hale getirmeyi hedeflemiştir. Bu nedenle çalışmada “güvenceli serbest dolaşım” olanağının yaratılmasının temel amaç olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir.³⁸ Bu bağlamda, güvenceli serbest dolaşım için aranan ölçütler ise şu şekilde belirlenmiştir:

(i)- kişinin Covid-19 aşısı olduğu veya; (ii)- PCR testi ile negatif olduğu ya da; (iii) - Covid-19 geçirdiğini ispatlayacak bir belgeye veya sertifikaya sahip olduğunu göstermesi.³⁹ Böylelikle, bu üç koşuldan en az birini belgelemesi halinde ilgili kişinin serbest dolaşım hakkına sahip olması söz konusu olabilecektir.

Komisyon çalışmasında hazırlanacak sertifikanın ücretsiz olacağı ve AB'nin özel önem verdiği ayrımcılık yasağını ihlal etmeyecek şekilde hazırlanacağı özellikle vurgulanmıştır. Ayrıca; hazırlanacak “güvenceli serbest dolaşım” belgesinin sadece AB üyesi ülkelere değil, üye ülkelere ilave olarak; Lihtenştayn, İzlanda, Norveç ve İsviçre’de de geçerli olacağı

³⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181 Erişim tarihi: 29.12.2021.

³⁸ İbid.

³⁹ İbid. Bkz. ayrıca; https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en Erişim tarihi: 26.12.2021.

çalışmada öngörülmüştür.⁴⁰ Belirtmek gerekir ki Komisyon'un bu çalışmasında aday ülkelere yönelik bir düzenleme veya ilave hükümlere yer verilmemiştir. Bu husus aday ülkelerce, Türkiye başta olmak üzere, eleştirilmiş ve hatalı bulunmuştur.⁴¹

Açıktır ki Komisyon bu çalışma ile ortak bir sertifika oluşturarak üye ülkeler ile diğer bazı Avrupa ülkeleri arasında güvenceli serbest dolaşımın sağlanabilmesi için, farklı uygulamaları ortadan kaldıracak uyumlulaştırılmış bir sistemi hayata geçirmeyi hedeflemiştir. Böylelikle oluşturulacak sistem ile AB içinde bütün sertifikaların kontrol edilebilmesi ve merkezi bir sertifika ağının oluşturulabilmesi ve ilave olarak da bu oluşum için üye ülkelere teknik destek verilmesi hedeflenmiştir. Komisyon'un çalışması ile ortaya çıkan tasarıda üye ülkelerin halk ve kamu sağlığı açılarından hangi sınırlamalara veya önleyici tedbirlere gerek olduğuna kendilerinin karar vereceği hususu da ayrıca yer almıştır. İlave olarak; bu bağlamda üye ülkelerin tanınabilecek veya verilebilecek muafiyet veya istisnalar bağlamında serbest bırakılması öngörülmüştür. Regülasyon çalışmasında öngörülecek istisna ve muafiyetlerden sertifika sahiplerinin de eşit şekilde yararlanabilmesi de yer almıştır.⁴²

AB'nin pandeminin ilk dönemlerindeki pasif ve etkisiz görünümünden kurtarılarak daha aktif ve işlevsel bir kimliğe ve yapıya dönüşmesinin ilk somut adımları Komisyon'un bu girişimi ile başlamıştır. Daha öncede ifade edildiği üzere; salgının ilk dönemlerinde ulusalar üstü bir yapı olan AB neredeyse hiçbir şey yap(a)mamıştır ve bu nedenle salgının ilk 6-9 ayında salgınla boğuşan, özellikle ilk kez kitlesel bir pik yaşayan bazı üye ülkelerden çok ciddi eleştiriler almıştır. Elbette Komisyon'un AB adına bu girişimini aslında başarısız ve etkisiz dönemin izlerini silmeye yönelik bir çaba olarak yorumlamak olasılık dâhilindedir.

AB adına onun önemli bir kurumu olan Komisyon'un önerdiği dijital yeşil sertifika ile mevcut salgınla mücadele ve bu mücadele sırasında kısıtlanan veya engellenen serbest dolaşımların (özellikle kişilerin ve hizmetin serbest dolaşımı), başka bir ifade ile seyahat özgürlüğünün yeniden kazanılması önemli bir hedeflerden biri olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle, dijital yeşil sertifikanın AB ve üye ülkelerde kapsamlı ve uygulanabilir bir çözüm sunma noktasında, EU vatandaşlarının Birlik içinde serbest dolaşımı için oluşturulmuş, diğer bir anlatımla, uyumlulaştırılmış dijital bir

⁴⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181 Erişim tarihi: 26.12.2021.

⁴¹ Kanadoğlu, Bozkurt, s. 59.

⁴² İbid.

enstrüman ile dolaşım serbestinin tekrar olanaklı hale getirilmiş olması öncelikli hedef ve plan olarak ortaya çıkmıştır.⁴³

Planlanan bu dijital sertifikandan belki de merkezi rolünü tedbir ve kısıtlanmalardan olumsuz etkilenen iç pazarın ve üye ülkelerin ekonomilerinin canlandırılması ve böylelikle normal yaşama geçişin ve zarar gören ekonominin canlanmasının sağlanması noktasında görmek mümkündür. Zira salgın ve ardından gelen tedbirler pek çok ülkeyi ve AB üyesi ülkeleri de ekonomik olarak olumsuz etkilemiştir. Açıktır ki yaşanan salgın ve salgın ile mücadelede oluşturulan kısıtlamalar süreç içinde sadece az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeleri etkilememiş, gelişmiş ülkeler ve AB üyesi ülkeler ve bu ülkelerin ekonomileri de bu olumsuzluktan kendi paylarına düşeni almışlardır. Küresel ekonominin kuralları ve var olan ekonomik ilişkilerin devamının tekrar sağlanabilmesi, başka bir ifade ile yeniden canlandırılması için, küçülen, durağanlaşan ve hatta negatif gelişim gösteren ekonominin ivme kazanabilmesi pek çok ülke için hayati önem arz etmeye başlamıştır. Bu bağlamda, AB ve Birlik üyesi ülkeler için Birlik serbestilerini ki bunlar daha önce de ifade edildiği üzere kişilerin, hizmetin, sermayenin ve malların serbest dolaşımından oluşmaktadır, negatif yönde etkileyen salgın kaynaklı engel ve kısıtlamaların kaldırılması veya en azından mevcut ekonomik sistemin işleyişini etkilemeyecek seviyeye düşürülmesi çok büyük bir önem arz etmektedir. Anılan sebeplerle kullanımı oldukça basit ve işlevsel olan, Birlik vatandaşları arasında ayrımcılık yapmayan ve ayrımcılık yasağını ihlal etmeyen ve ayrıca; kişisel verilerin de korunabileceği güvenli ve etkili bir dokümanın, sertifikanın, varlığı çözüm olarak düşünülmüştür.⁴⁴

Dijital sertifikanın hazırlanması sürecinde AB adına hareket eden Komisyon bu düzenlemeye ilişkin çalışma sırasında öngörülen sertifikanın serbest dolaşımın bir şartı olmayacağını, bu sertifika olmadan da koşullar yerine getirildiğinde ve alınan tedbirler buna izin verdiğinde serbest dolaşımın yine de yapılabileceğini dikkate almış ve çalışmayı bu çerçevede sürdürmüştür. Bununla beraber Komisyon yine de Birlik içinde tüm AB kurumlarının ve üye ülkelerin dikkate alabileceği ortak bir sertifikanın serbest dolaşımın yeniden aktif hale gelebilmesi için bürokratik kolaylıklar sağlayacağını ve üye ülkelerin hızlı hareket ederek serbest dolaşımı daha işlevsel hale getirebileceklerini öngörmüştür. Ayrıca; planlanan sertifikanın,

⁴³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181 Erişim tarihi: 12.01.2022.

⁴⁴ Kanadoğlu, Bozkurt, s. 60-61.

ABA ve ABİA ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda belirlenen AB'nin temel değerleri için iyi bir örnek oluşturma kabiliyetine sahip olması da çalışma sırasında gözetilmiştir.

Dijital sertifika için;

(i)- güvenilirlik ve kolay ulaşılabilirlik, (ii)- ayrımcılık yasağını ihlal etmemesi, (iii)- sadece Kişisel Verilerin Korunması Düzenlemesi (GDPR)⁴⁵ ile korunan zorunlu bilgilerin yer alması, (iv)- QR kodu ve elektronik imza içermesi, (v)- ücretsiz düzenlenmesi ve AB'nin resmi dillerinde ve ayrıca İngilizce olarak düzenlenmesi, hususları Komisyon tarafından öncelikli olarak dikkate alınmış ve bu hususlar çalışma içerisinde yer bulmuştur.⁴⁶

Komisyon tarafından yapılan çalışma sırasında serbest dolaşımı canlandırma amacıyla sertifika türleri kapsamında üç farklı belge tanımlaması yapılmıştır. Bunların ise (i)- aşı sertifikası, (ii)- COVID-19 geçirdiğine dair medikal belge ve (iii) Negatif - PCR- test sonucunu gösterir medikal belgeden oluşması öngörülmüştür.

Aşı çalışmalarının başarıyla sonuçlandığı uluslararası kamuoyu ile paylaşıldıktan sonra, DSÖ başta olmak üzere, pek çok ülke yetkili otoriteleri ve Avrupa İlaç Ajansı (AİA-EMA) bazı aşılara acil kullanım iznini vermişlerdir. AİA'nın (EMA) acil kullanım izninden sonra AB üyesi ülkelerde *BioNTech & Pfizer, Moderna, AstraZenaca* ve *Janssen Pharmaceutica* aşılarının kullanımı olanaklı hale gelmiştir.⁴⁷ Bununla beraber Çin aşılarının AB üyesi ülkelerde planlanan dijital sertifika kapsamında tanımlı aşılardan olmadığı ifade edilmelidir. Bir başka ifade ile Çin aşıları AİA'nın onayını ve kullanım iznini alamadığı için sertifika kapsamında değerlendirilmemektedir. Buna rağmen belirtmek gerekir ki Komisyon, doğal olarak AB, üye ülkeleri, *BioNTech & Pfizer, Moderna,*

⁴⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance). <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> Erişim tarihi: 26.12.2021. Bkz. ayrıca; <https://gdpr.eu/> Erişim tarihi: 26.12.2021.

⁴⁶ Kanadoğlu, Bozkurt, s. 61.

⁴⁷ Komisyon 4 aşının kullanımına, Avrupa İlaç Ajansının (AİA-EMA) acil kullanım izni - onayı vermesinden sonra, izin vermiştir. "The Commission has so far given 4 conditional marketing authorisations for the vaccines developed by BioNTech and Pfizer, Moderna, AstraZeneca and Janssen Pharmaceutica NV following EMA positive assessment of their safety and efficacy"; https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans_en Erişim tarihi: 29.12.2021. Bkz. ayrıca; <https://www.ema.europa.eu/en> Erişim tarihi: 29.12.2021.

AstraZenaca ve *Janssen Pharmaceutica* dışında başka aşıları, Çin aşıları da dâhil olmak üzere, kendi ülkeleri açısından sertifika kapsamına alıp almama noktasında serbest bırakmıştır. Bu bağlamda; aşı sertifikasının-pasaportunun bir AB Tüzüğü olarak 1 Temmuz 2021 tarihinde tüm üye ülkeleri bağlayacak şekilde yürürlüğe girmesiyle beraber, bazı AB ülkeleri, İspanya, Avusturya, Yunanistan, Kıbrıs, Hollanda gibi,⁴⁸ yukarıda belirtilen aşılarla ilave olarak Çin *Sinovac* aşısını sertifika- aşı pasaportu kapsamına dâhil etmiş ve böylelikle Çin aşısı olanların da, diğer serbest dolaşım koşullarının da yerine getirilmesi koşuluyla, serbest dolaşım hakkını alabilmesini kendi ülkeleri açısından olanaklı hale getirmişlerdir.

AB adına dijital sertifikanın bir AB tüzüğü olarak çıkması için hazırlık çalışması yapan Komisyon, bu sertifikanın geçici bir uygulama olduğunu, DSÖ'nün COVID-19'un sona erdiğini açıkladığında dijital sertifika ile seyahat uygulamasına son verileceğini de ifade etmiş ve ayrıca; bu regülasyonun ki bu regülasyon yukarıda da belirtildiği üzere bir AB Tüzüğü olarak çıkmıştır, AB Bakanlar Konseyi ile AB Parlamentosu tarafından onaylanması gerekliliğini de ayrıca vurgulamıştır. Komisyon'un hazırlamış olduğu bu regülasyonda, bu sertifikanın bütün AB vatandaşları ile aile fertlerine, AB içinde, bir üye ülke vatandaşlığı bulunmayan ancak üye ülkede, yaşayan ve/veya geçerli bir oturma belgesine sahip olan diğer kişilere, bu bağlamda AB içinde yerleşik durumda olan 3. ülke vatandaşlarına ve başka üye ülkeleri ziyaret etme hakkına sahip olan kişilere verilmesini olanaklı hale gelmesi planlanmıştır. Daha sonra bu planlama çıkarılan tüzüğe aynen yansıtılmıştır.⁴⁹

Yukarıda belirtilen ve Komisyon tarafından yapılan çalışmalar sonucunda planlanan regülasyon, başka bir ifade ile aşı sertifikası-pasaportu olarak da adlandırılabilir dijital sertifika, 1. Temmuz 2021 tarihinde AB Tüzüğü olarak yürürlüğe girmiştir.⁵⁰

⁴⁸ <https://visaguide.world/news/45-world-countries-recognise-chinese-sinovac-vaccine-for-travel-amid-covid-19/> Erişim tarihi: 12.01.2022.

⁴⁹ https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en Erişim tarihi: 12.01.2022.

⁵⁰ AB Dijital COVID sertifikası bir AB Tüzüğü olarak 1 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en Erişim tarihi: 12.01.2022.

Bu arada açıklamak gerekir ki tüzükler, ABİA 288. madde hükmü gereği, AB içinde ve kurumlarında ve ayrıca; üye devletlerde doğrudan uygulanır, tüzüklerin uygulanması çerçevesinde üye devletlerin ayrıca ulusal mevzuatlarında bir düzenleme yapmalarına gerek yoktur.

Tüzüğün AB ve üye ülkelerde bağlayıcı olarak yürürlüğe girmesiyle beraber, Birlik dâhilinde geçerli olan ve işleyen bir uygulama yaratılmışsa da bazı ülkelerin, Belçika ve Almanya gibi, AİA'nın acil kullanım izini verdiği ve sertifika kapsamında tanınan aşıları yaptırımlarına rağmen, AB'nin tanımlamış olduğu riskli ülke veya bölgelerden gelmeleri halinde, dijital sertifikaları olmuş olsa bile, gelen kişilerin yine de karantinada tutulmasını ve/veya ülkeye girdikten sonra yeniden PCR testi sonuçlarının talep edilmesini, riskli süreler geçinceye kadar karantina uygulamasını sürdürdükleri de görülmektedir. İlave olarak; benzer bir uygulamanın *Brexit* ile oldukça sancılı bir şekilde AB' den ayrılan Birleşik Krallık tarafından da, AİA'nın acil kullanım izni verdiği aşıları 2 doz olarak yaptıran kişilerin geldikleri ülkenin riskli ülkeler kategorisinde olup olmamasına göre karantina altına alınmaları ve/veya PCR testi uygulaması ile karantina altına alınması uygulaması yapılmaktadır.⁵¹

VII. Sonuç

Salgın ile birlikte tüm dünya ülkelerinde olduğu gibi AB tarafından da zorunlu uygulamalar ve tedbirler uygulamaya geçirilmiş ve bu nedenle; başta seyahat özgürlüğü ve iç pazar için hayati öneme sahip serbest dolaşım hakkı olmak üzere, bazı temel hak ve özgürlüklerde Birlik içinde kısıtlamalara gidilmiştir. Tedbirler nedeniyle pek çok ülkede sokağa çıkma yasakları, kapanma, evlerden çalışma, eğitim ve öğretimin dijital platformlar üzerinden yapılması gibi uygulamalar da sıklıkla yaşanmıştır ve halen de bu uygulamaların devam ettiği görülmektedir.

Kuşkusuz yaşanan salgın küresel boyutta dijitalleşmeyi de önemli ölçüde sağlamıştır. Belki de gelecek yıllar açısından bakıldığında dijitalleşme, dijital veriler, bilginin dijitalleşmesinin gelişim ve dönüşüm sürecinde önemli lokomotif unsurlardan biri olarak hali hazırdaki salgın görülecektir.

Zarar gören ve hayli kısıtlanan seyahat özgürlüğü ile serbest dolaşımın canlandırılması için AB bir dijital aşı sertifikası planlaması ve çalışması yaparak, ardından bu uygulamayı 2021 yılında bir AB Tüzüğü olarak çıkararak, tüm kurumlar, üye ülkeler ve bireyler açısından bağlayıcı olarak, hayata geçirmiştir. Böylelikle AB hukuku ve uygulaması açısından yeni bir dönem başlamıştır. Elbette bu uygulama pandeminin DSÖ tarafından epidemiyeye veya virüsün daha sıradan bir grip formatına geçmesinin açıklanmasına kadar geçici bir uygulama olarak hazırlanmıştır. AB bu uygulamayı sınırlı aşıları kapsayacak şekilde uygulamaya geçirmişse de

⁵¹ Kanadoğlu, Bozkurt, s. 63.

Birlik üyesi ülkelerin yine de bu sertifikada tanımlanan aşuların türlerini genişletme konusunda özgür bırakıldıklarının da Tüzük kapsamında yer aldığı görülmüştür.

Bununla beraber dijital aşı sertifikası uygulamasının kısa ve orta vadede Birlik hukuku ve politikaları açılarından, uygulamada bazı üye ülkelerin Çin aşısına onay vermeleri, bazı üye ülkelerin ise bunu kabul etmemeleri gibi veya başka nedenlerle, hem hukuksal hem de politik sorunlar çıkarma ihtimali gözetilmelidir. Ayrıca; yaygınlaşan aşı karşıtlığının politik bir söylem olmaktan çıkıp, AB kurumları nezdinde, özellikle Komisyon'a bir başvuruya veya şikâyete ya da AB Adalet Divanı önünde somut bir davaya dönüşme ihtimali de dikkate alınmalıdır. Yine bu noktada aşılamanın zorunlu tutulması ve bazı AB üyesi ülkelerin şimdiden salgın nedeniyle zorunlu aşığı kabul etmeleri, Avusturya gibi, bazı üye ülkelerin de zorunlu aşığı tartışarak, bunun kabulü için gerekli kamuoyunu sağlamaya çalışmaları, bazı üye ülkelerin ise zorunlu aşığı düşünmemelerinin hem üye ülkeler açısından farklı uygulamalar nedeniyle hem de AB açısından ve farklı düşünen ve farklı uygulama geliştirmek isteyen diğer üye ülkeler için somut hukuksal ve politik sorunlar yaratma ihtimali küçümsenmemelidir.

COVID-19 pandemisinin etkileri ve riskleri sadece tıbbi açıdan değil, AB hukuku ve uygulamaları kapsamında ortaya çıktığı ve sürecin; AB hukukunu ve politikalarını da mevcut yeni duruma ve küresel krize göre uyarlaması zorunluluğu ile baş başa bıraktığı görülmüştür. Tüzük ile sorunların çözümü noktasında bir strateji ve uygulama alanı yaratılmışsa da hala uygulamada farklılıkların olması, zorunlu aşılama uygulamalarının yeni ve çözülmesi zor sorunları ortaya çıkarabileceği ihtimali, AB, üye ülkeler ve aday ülkelerin hukuk politikaları için önem arz etmektedir. Sonuç itibarıyla; dijital aşı sertifikası ve uygulaması, AB Temel Haklar Şartı ve AB'nin temel değerleri içinde yer alan insan haklarına saygı, ayrımcılık yasağı noktalarında hem AB'yi ve kurumlarını hem de üye ülkeleri Birlik hukuku ve üye ülkelerin iç hukukları açılarından potansiyel olarak yeni sorunları ortaya çıkarabilir.

İnsan ile virüs arasındaki amansız bu savaş, uzun vadede önemli dönüşümlerin öncüsü ve tetikleyicisi olmaya adaydır. Hatta *Harari*'nin de haklı olarak vurguladığı üzere, salgın aslında büyük bir dönüşümün ilk adımlarını oluşturmuştur.⁵² Zira salgın ile aslında dünyaya bakış açısının

⁵² *Harari* bir röportajında mevcut durumu şu şekilde yorumlamıştır: “Korona Pandemisi ile hayatımızda çok şey değişti aslında. *Prof. Harari*'nin de vurguladığı gibi bu süreç büyük bir dönüşümü uzun vadede başlatacak. *Harari* bir röportajında bu durumu şöyle vurgulamıştır: *YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

değiştirilmesi ülkeler arası -uluslararası- dayanışmanın sağlanmasının son derece önemli olduğunu, virüs ile küresel ölçekte bir dayanışma ile ve tüm insanların aşıya erişiminin sağlanması ve böylelikle aşılamanın her bir ülke için toplumsal bağışıklığı sağlayabilecek bilimsel oranlara ulaşmasının önünün açılmasının gerekliliğini ve önemini göstermektedir. Virüs ile mücadelede kibrin, nefretin ve ötekileştirmenin bırakılarak insanlığın ortak geleceği için evrensel dayanışmanın sağlanması önemli bir kazanım olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aybay, R., İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı 2015.
- Azarkan, E., Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, Seçkin 2018.
- Batı, M., & Çağlayan, S. (Eds.), Bir Küresel Salgın ve Hukuk COVID – 19, Seçkin 2021.
- Bolayır, K., Bozkurt, K., Belçika ve Kıbrıs'tan Pandemi Notları, 2021.
- Griehaber, K. and Jordans, F., German president calls for debate over COVID vaccine mandate, 2022.
- Halisoğlu, T. A., Serbest Dolaşım Bağlamında Avrupa Birliği'nin Yeni Uygulama Aracı: Dijital Yeşil Sertifika, 2021.
- Harari, Y. N., Pandemi sonrası dünyayı ne bekliyor, <https://www.dw.com/tr/pandemiden-sonra-d%C3%BCnyay%C4%B1-ne-bekliyor/a-53234488>
- Hekimoğlu, M. M., Covid-19 Pandemisi Kapsamında Alınan Tedbirlere Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Bir Bakış. Murat Batı & Sezai Çağlayan (Eds.), Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, Seçkin 2021.
- Kanadoğlu, K., Bozkurt, K., Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı, Onikilevha 2021.

“En büyük tehlikenin virüs olmadığını düşünüyorum. İnsanlık, bu virüsün üstesinden gelmek için yeterli bilimsel altyapıya ve teknolojik araca sahip. Bizim en büyük problemimiz doğamızda yer alan nefret, açgözlülük ve cehalet. Maalesef insanlar bu krize küresel dayanışma ile değil, diğer ülkeleri, dini ve etnik azınlıkları suçlayarak, nefret dili kullanarak karşılık veriyor. Umuyorum ki nefret değil, şefkat ve cömertlik ile yardıma muhtaç insanlara, küresel dayanışma ruhuyla yardım edebiliriz. Bir de komplo teorileri ve gerçekler arasındaki farkı ayırt edebilmeliyiz. Eğer bunu yaparsak, bu krizi kolayca atlatacağımızdan şüphem yok”. <https://www.dw.com/tr/pandemiden-sonra-d%C3%BCnyay%C4%B1-ne-bekliyor/a-53234488> Erişim tarihi: 14.01.2022.

- Kanadoğlu, O. K., Zorunlu Aşının Anayasallığı, VIII. Sağlık Hukuku Kurultayı, 29-30 Kasım 2019, Ankara Barosu 2019.
- Metin, S., Covid 19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 2021, DOI: 10.26650/JARHS2021-958025.
- Özcan, M., Kurumlar Sosyolojisi Perspektifinden Pandemi Döneminde Kurumsallaşma Pratikleri, 2022, <https://doi.org/10.20304/humanitas.975568>
- Sonsuzoğlu, E., Olası Aşı Pasaportu Uygulamasının Hukukiliği. Murat Batı & Sezai Çağlayan (Eds.), Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, Seçkin 2021.
- Şaşmaz, V. T., COVID-19 Aşı Karşıtlığı ve Aşı Yaptırmama, in: TTB, COVID-19 Pandemisi 18 Ay Değerlendirme Raporu, 2021.
- TTB, COVID-19 Aşılar ve Merak Edilenler, El Kitabı 2021.
- TTB, COVID-19 Pandemisi 18 Ay Değerlendirme Raporu, 2021.
- Türk, H. S., Sağlıklı Yaşama Hakkı ve Koronavirüs Salgını, Yetkin 2021.
- Yumru, M., Karakoç D. S., COVID-19 aşı karşıtlığı-kararsızlığı, Klinik Psikiyatri 2021:24:276-277, DOI: 10.5505/kpd.2021.90692.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.
- Avrupa Sosyal Şartı.
- Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma.
- Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.
- İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Konvansiyonu).
- Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance).
- https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health_en
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1181
- https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en
- <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>
- <https://gdpr.eu/>
- https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans_en <https://www.ema.europa.eu/en>
- YUHFD Cilt. XIX Özel Sayı (2022)*

<https://coronavirus.jhu.edu/>

<https://www.worldometers.info/coronavirus/>

<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

<https://jag.journalagent.com/kpd/pdfs/KPD-90692-EDITORIAL-YUMRU.pdf>

[19% 20Pandemisi% 2018% 20Ay% 20Deg% CC% 86erlendirme% 20Raporu% 20ME% 20\(1\).pdf](https://www.abcnews.go.com/Health/wireStory/german-president-calls-debate-covid-vaccine-mandate-82218665)

[https://abcnews.go.com/Health/wireStory/german-president-calls-debate-covid-vaccine-mandate-82218665](https://www.amerikaninsesi.com/a/avrupa-zorunlu-asiyi-tartisiyor/6335214.html)

[https://www.amerikaninsesi.com/a/avrupa-zorunlu-asiyi-tartisiyor/6335214.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2021/12/01/covid-19-l-union-europeenne-doit-reflechir-a-la-vaccination-obligatoire-selon-la-presidente-de-la-commision-europeenne_6104322_3210.html)

[https://www.lemonde.fr/international/article/2021/12/01/covid-19-l-union-europeenne-doit-reflechir-a-la-vaccination-obligatoire-selon-la-presidente-de-la-commision-europeenne_6104322_3210.html](https://www.bbc.com/news/world-europe-59497462)

<https://www.bbc.com/news/world-europe-59497462>

<https://visaguide.world/news/45-world-countries-recognise-chinese-sinovac-vaccine-for-travel-amid-covid-19/>

https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid_cep.pdf

<https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/COVID->

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1845047>

<https://dergipark.org.tr/en/pub/tarsusiibfdergisi/issue/62927/937883>

**¶ E-TİCARET PLATFORMLARININ SATILANIN
AYIPLARINDAN SORUMLULUĞU**
(LIABILITY OF E-COMMERCE PLATFORMS FOR DEFECTIVE GOODS)

Prof. Dr. Erdem Büyüksağış*
Arş. Gör. Defne Kahveci**

ÖZ

Ulusal sınırların internet üzerinde ortadan kalktığı, birçok hizmetin ve malın dünyanın her yerinden erişilebilir hale geldiği günümüzde işletmelere ve alıcılara sağladığı yararlar nedeniyle, özellikle pandemi koşullarında bazen alternatifini bulunmadığı için de başvurulmuş e-ticaret uygulamaları hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Bununla birlikte, tedarikçi/satıcıların e-ticaret platformları (çevrimiçi pazaryerleri) üzerinden piyasaya sunduğu bazı hizmet ve malların ayıplı olması nedeniyle zarar görenler çoğalmış ve hem tedarikçi/satıcılara hem çevrimiçi pazaryerlerine karşı açılan tazminat davalarının sayısı artmıştır. Bu davalardan sonuç alınabilmesi, Yargıtay'ın yeni tarihli "Çiçeksepeti" kararından da görüleceği üzere, alıcıların yaratıcı argümanlar ortaya koymadığı ve mahkemelerin güncelliğini yitirmiş yorumlardan vazgeçmediği ortamda kolay değildir.

Öncelikle, Amazon gibi uluslararası politik ekonomi dinamiklerine hakim devasa şirketlerin sorumluluğunun mevcut yerel hukuk kuralları ve bunların alışlagelmiş yorumlarıyla etkin bir şekilde düzenlenmesi, piyasaya sunulan mal ve hizmetlerin globalleşmesi ve alıcılara dayatılan karmaşık kullanıcı sözleşmeleri karşısında gerçekçi değildir. Buna ek olarak, özellikle başka ülkelerde bulunan tedarikçi/satıcılar tarafından satışa sunulan ayıplı mal ve hizmetler söz konusu olduğunda, çevrimiçi pazaryerlerinin sorumluluğuna uygulanacak yerel hukuklardaki yasal boşluklar ve tutarsızlıklar alıcıların etkin şekilde korunmasını zorlaştırmaktadır. Zira, konuyla ilgili olarak bugün uygulanmaya çalışılan hukuk, dijital devrim öncesi ve çevrimiçi

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 16.02.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma Tarihi: 27.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (LL.M. Georgetown University). Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0763-6699.

** Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (LL.M. Boston University). Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8285-0206.

Eser Atıf Şekli: Erdem Büyüksağış & Defne Kahveci, "E-Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu", YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.125-174.

pazaryerlerinin faaliyetleri öngörülmeden dizayn edilmiştir ve yabancı mahkeme kararlarından da görülebileceği üzere günün koşullarına uygun olarak yeniden yorumlanmaya muhtaçtır.

COVID-19 pandemisi nedeniyle e-ticarete artan yönelimin olası sonuçları, ayıplı malların yol açtığı zararlar nedeniyle e-ticaret platformlarının sorumluluğunu konu alan spesifik düzenlemelerin yokluğu, mahkemelerin bu boşluğu satış sözleşmesini düzenleyen kurallar ve ürün sorumluluğuna ilişkin yasal çerçeve ile doldurma eğilimi ve pasif çevrimiçi araçlar için öngörülmüş “güvenli liman” (“safe harbour”) muafiyet rejiminin sınırları çalışmamızda temel olarak irdelenecek konulardır.

Anahtar Kelimeler: E-ticaret platformları, çevrimiçi hizmet sağlayıcılar, ayıplı mal, ürün sorumluluğu, kusursuz sorumluluk

ABSTRACT

E-commerce has ramped up all around the world during the pandemic, and it attracts more businesses and customers every day because of its benefits. Simultaneously there is a significant increase in claims arising from defective products put into circulation on giant e-commerce platforms by suppliers/sellers. The number of such claims aiming to establish the damages liability against those suppliers/sellers as well as e-commerce platforms is rising each day. However, as the recent “Çiçeksepeti” case illustrates, the prospect of obtaining a favourable decision for buyers is remote unless every ingenuity is practised.

First of all, in today’s world, where national boundaries have so to speak disappeared and products have become accessible from all over the Internet, basing the liability of the big corporations that dominate our economy on the existing domestic policies alone would not offer an efficient way to achieve a realistic solution. At national level, there is no adequate protection for the defective products sold by suppliers/sellers on e-commerce platforms. The legal vacuum with regard to the liability of e-commerce platforms for third-party defective products tend to leave inconsistencies in the protection of citizens. Indeed, the related rules were designed before the digital revolution, before legislative bodies could imagine the consequences of the activities of online marketplaces, and therefore need to be interpreted in a way which would be in line with today’s consumption practices as reflected in some foreign court rulings.

The key themes to be addressed in more detail throughout this article are: the consequences of the dramatic shift toward e-commerce due to, among others, the COVID-19 pandemic; the absence of a specific legal

framework governing the platform's intermediary liability for defective products sold by suppliers/sellers; the emerging case law in several countries resulting from the need to fill this gap by means of sales laws and product liability rules; and the blurry boundaries of the safe harbor liability exemption regime for online intermediaries.

Keywords: *E-commerce platforms, online intermediaries, defective products, product liability, strict liability*

GİRİŞ

İnternet üzerinden yapılan işlemlere uygulanan sözleşme ve sorumluluk hukukunun ana kolonları, kanun koyucunun bir asır önce öngörmüş olduğu kurallar üzerine inşa edilmiştir¹. Her ne kadar e-ticaret düzenlemeleriyle modernize edilmeye çalışılmışsa da², çevrimiçi platformların sorumluluğunu düzenleyen bu kurallar dijital devrim sonrası ortaya çıkan yeni sorunları çözmeye yetersiz kalmıştır³. Son yirmi yılda internet üzerinden bilgiye erişimin artmasıyla birlikte gelişen e-ticaret hukukunun sorunları, yurtdışında yeni tarihli kararlara ve araştırmalara konu olmuştur⁴.

Geniş bir kapsama sahip olan çevrimiçi hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu biz bu makalede tedarikçi/satıcıların e-ticaret platformları üzerinden piyasaya sürdüğü ayıplı mallardan doğabilecek sorumluluk

¹Ayrıntılı bilgi için bkz. Ronald Leenes, *Regulating New Technologies in Times of Change*, in: Leonie Reins (edit.), *Regulating New Technologies in Uncertain Times*, Lahey 2019, s. 3 vd.

²Bkz. 1 Mayıs 2015'te yürürlüğe giren 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun. Bu Kanun'un kaynağı 8 Haziran 2000 tarihli 2000/31/EC sayılı İç Pazarda Elektronik Ticaret Özelinde Bilgi Topluluğu Hizmetlerinin Hukuki Yönlerine İlişkin AB Yönergesi'dir, OJ L 157.

³Aynı yönde bkz. Marshall W. Van Alstyne/Geoffrey G. Parker/Sangeet Paul Choudary, *Pipelines, Platforms, and the New Rules of Strategy*, Harvard Business Review 2016, s. 54.

⁴Yeni tarihli kararlar için bkz. aşağıda Bölüm IV.A ve IV.B. Konuyla ilgili araştırmalar için ör. bkz. Erdem Büyüksagis, *Liability of E-Commerce Platforms for Third-Party Defective Products*, in: Eva Maria Belsler/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (edit.), *Mélanges en l'honneur de Franz Werro*, Bern 2022, s. 127-141; Gerhard Wagner, *Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen*, GRUR 2020, s. 329-337 ve 447-456; Catherine M. Sharkey, *Holding Amazon Liable As a Seller of Defective Goods: A Convergence of Cultural and Economic Perspectives*, Northwestern University Law Review 2020, s. 339-356; Edward J. Janger/Aaron D. Twerski, *The Heavy Hand of Amazon: A Seller Not A Neutral Platform*, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 2020, s. 259-273; Laura Seritti, *Online Shopping and Quality Problems: What Safeguards for Platform Users Under the EU Consumer Protection Regime?*, Journal of European Consumer and Market Law (EuCML) 2021, s. 180-189.

özelinde ele aldık. Alıcıların çoğunlukla yurtdışında bulunan tedarikçi/satıcılara karşı bir hak ileri sürebilmesi ya da mahkeme kararlarını onlara karşı icra edebilmesi çok zor olduğu için, asıl mağduriyet çoğunlukla yurtdışında bulunan tedarikçi/satıcıların e-ticaret platformları üzerinden sattığı ayıplı mallardan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, ör. uluslararası e-ticaret endüstrisinin en tanınmış yüzü Amazon tarafından ayıplı mal teslimi durumunda alıcıların Amazon'a karşı hangi haklara sahip bulunduğu sorgulanması gereken önemli bir konudur. E-ticaret platformlarının sorumluluğu “Çiçeksepeti” kararıyla birlikte yerel bazda da önem kazanmış ve irdelenmeye değer bir mesele haline gelmiştir.

Bu inceleme konu itibariyle ulusal sınırların ötesinde bir öneme sahip olduğundan, makaleyi belirli bir yargı çevresiyle sınırlamadık. Bunun yerine, ulusal ve uluslararası düzeyde faaliyet gösteren çevrimiçi pazaryerlerinin Türkiye de dahil olmak üzere farklı yargı çevrelerinde hangi şartlarda ve hangi düzenlemelere göre sorumlu tutulabileceğini irdeledik.

I. Çevrimiçi Platformların Sınıflandırılması

İçinde bulunduğumuz pandemi neo-nasyonalizme yönelik eğilimleri arttırmış, post-liberal politikaların çevre ve teknoloji üzerindeki olumsuz sonuçlarını derinleştirmiş ve tüketici davranışları ile pazarlama stratejilerini kalıcı olarak değiştirmiştir⁵. Bu değişikliklerin sonuçlarından biri, elektronik teknolojiler yoluyla konvansiyonel ticaret engellerinin ortadan kaldırılması ve dijital küreselleşmenin hızlandırılması olarak karşımıza çıkmıştır. Çevrimiçi platformlar ekonomik yapıyı kökten değiştirerek bu dönüşümde kritik bir rol oynamıştır. Bu durumun yarattığı bazı olumsuz sonuçlar da olmuştur. Bir davada Brezilya Yüksek Mahkemesi, dünyadaki en büyük ve en güvenilir çevrimiçi platform olan Amazon için “iflah olmaz canavar” ifadesini kullanmıştır⁶.

OECD tarafından 2019 yılında yayınlanan “Çevrimiçi Platformlar ve Dijital Dönüşümdeki Rolü” adlı rapora göre çevrimiçi platformlar, “internet

⁵Daha ayrıntılı açıklama için bkz. Lyn Carter, What’s in a Name Post-liberalism, COVID-19 and Science (Education), Journal for Activist Science and Technology Education 2020, s. 22.

⁶Google Brazil v. Dafa kararında Brezilya Yüksek Mahkemesi, Google’ın “iflah olmaz bir canavar” yaratmış olması karşısında, bu canavarın ortaya çıkardığı yıkıcı sonuçlara yine kendisinin katlanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. 24 Mart 2014 tarihli Google Brazil v. Dafa kararı (Temyiz no. 1306157/SP). Dava hakkında detaylı bilgiye WILMap Stanford internet sitesi üzerinden ulaşılabilir. Çevrimiçi erişim: <https://wilmap.stanford.edu/news/brazilian-supreme-court-found-google-liable-videos-parodying-dafra-commercials>.

aracılığıyla iletişim kuran iki veya daha fazla farklı ancak birbirine bağlı kullanıcı grubu (firmalar veya bireyler) arasındaki etkileşimi kolaylaştıran dijital hizmet(ler)” olarak tanımlanmaktadır⁷. Bu tanımdan yola çıkıldığında bir teşebbüsün çevrimiçi platform olarak nitelendirilebilmesi için, iki ya da daha fazla (grup) kullanıcı arasında etkileşime izin veren veya etkileşimi kolaylaştıran dijital bir hizmet veya yapı sunması gerektiği sonucuna varılabilir. Bu şekilde tanımlanan çevrimiçi platformlar e-ticaret, fiyat karşılaştırma, ödeme sistemleri, sosyal medya, arama motorları ve “paylaşım ekonomisini” oluşturan hizmetlere erişim sağlayarak kullanıcılar ile geniş topluluklara önemli faydalar sunmaktadır⁸. Dijital teknolojilerin dinamik yapısı muhtemelen gelecekte birçok başka aracılık biçiminin doğmasına yol açacaktır. Tüm bu aracılık faaliyetlerinin incelenmesi yazımızın kapsamı dışındadır. Bununla birlikte, çevrimiçi pazaryerleri üzerinden tedarikçi/satıcıların piyasaya sürdüğü ayıplı mallardan kimlerin sorumlu olduğu, özellikle çevrimiçi pazaryerlerinin sorumlusunun bulunup bulunmadığı ve varsa bu sorumluluğun hukuki niteliği, şartları ve muhtemel sonuçları bu çalışma kapsamında irdelenmektedir.

AB Komisyonu’nun 30 Haziran 2021 tarihli Ürün Güvenliği Hakkındaki Tüzük Teklifi, çevrimiçi pazaryerini “bir tacir tarafından veya onun adına işletilen internet sitesi veya bir yazılım sayesinde ürün alım satımı için diğer tacir ve tüketicilerin mesafeli sözleşme akdetmesine olanak tanıyan uygulama” olarak tanımlamaktadır⁹. Bu tanıma göre, alışageldiğimiz iki boyutlu alıcı-satıcı ilişkisi buna çevrimiçi pazaryerinin de katılımıyla üç boyutlu bir sözleşme ilişkisine evrilmektedir.

Farklı türde çevrimiçi pazaryeri faaliyetleri mevcuttur. E-ticaret hizmetlerinin yapısı büyük ölçüde, alım satıma katılanların hukuki statüsüne (C2C, B2C veya B2B), ticari faaliyetin doğasına (ör. mallar, hizmetler, ödemeler vb.) ve platformun sözleşmenin kurulması ve ifasındaki rolüne (ör. pasif, aktif) bağlıdır. Bu nedenle, konuya geçmeden önce aşağıdaki akış şemalarında görüleceği üzere bazı ayrımların yapılması elzemdir.

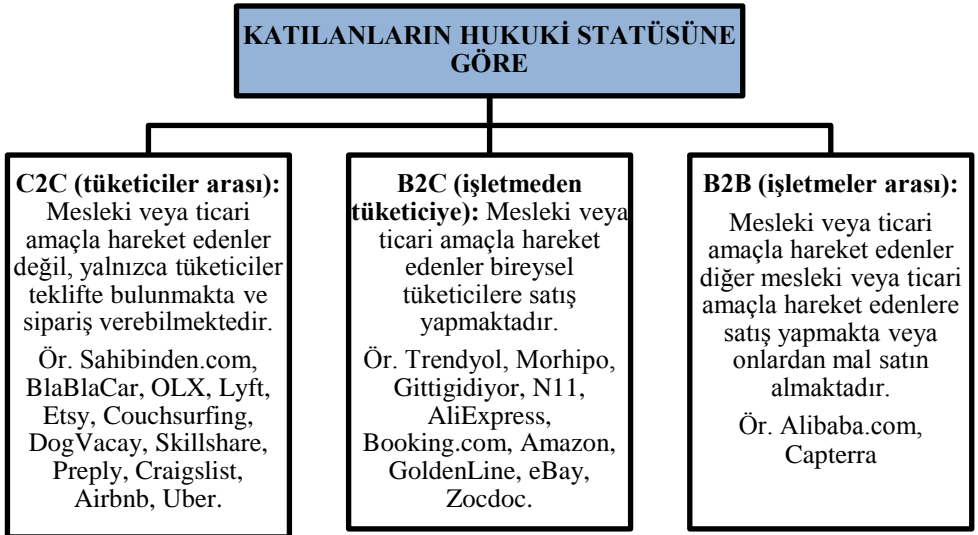
⁷Bkz. OECD, An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, s. 20, Çevrimiçi Erişim: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en#page4.

⁸Bkz. OECD iLibrary, Çevrimiçi Erişim: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_19e6a0f0-en.

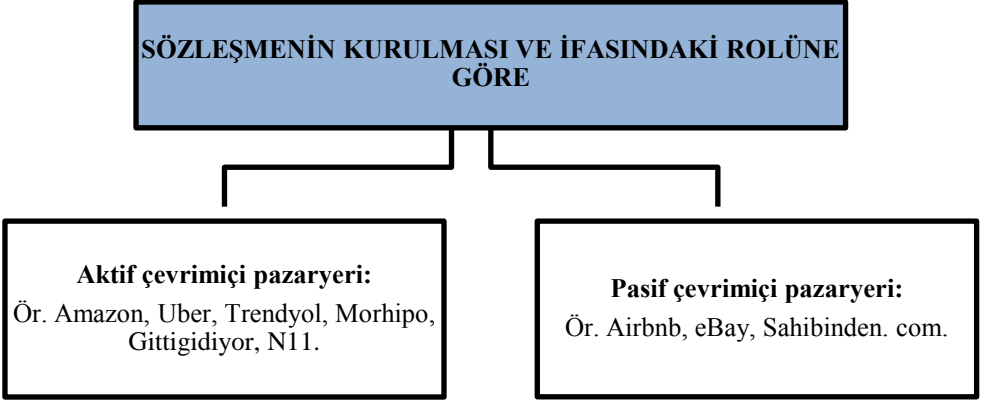
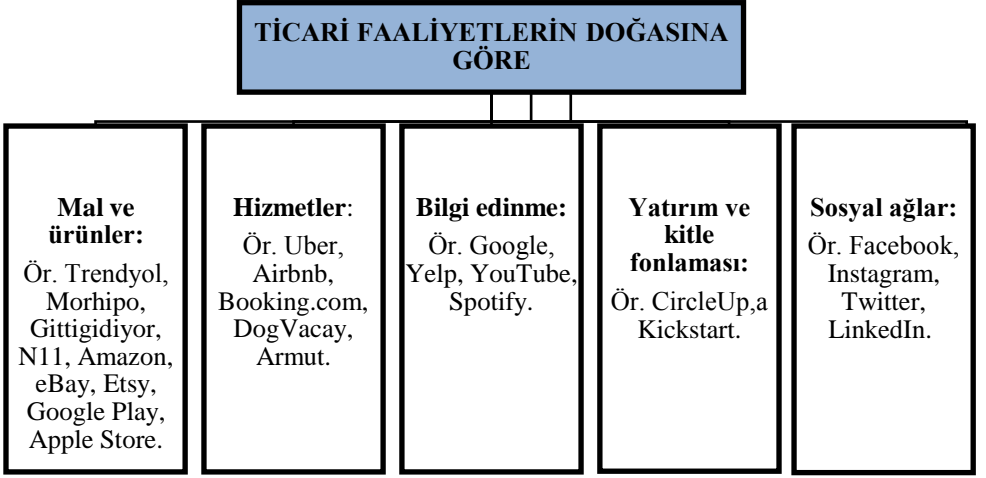
⁹AB Komisyonu, AB Parlamentosu ve Konseyi’nin 1025/2012 sayılı Tüzüğü’nü Değiştiren ve 87/357/EEC sayılı Yönergesi ve 2001/95/EC sayılı Yönergesi’ni İlgâ Eden Ürün Güvenliği Hakkındaki Tüzük Teklifi, COM (2021) 346 final, madde 3, paragraf 14.

İlk ayrımla ilgili olarak, katılımcılar platformda eşit olarak etkileşim kurabilir veya aksine hiyerarşik bir ilişki içine girebilir. İkinci olarak, platformlar birçok farklı alanda ticari faaliyet yürütebilir. Üçüncü olarak, tedarikçi/satıcının malı paketleyip doğrudan alıcıya gönderdiği pasif çevrimiçi platformlar ya da alıcılara mal seçiminde yardımcı olan, malı paketleyip alıcıya gönderen, semeni tahsil eden aktif platformlar olup olmadıklarına bağlı olarak çevrimiçi pazaryerlerine farklı hukuki statüler atfedilebilir. Bu nedenle, pasif ve aktif çevrimiçi pazaryerleri arasında yakın zamanda bir ayırım ortaya çıkmıştır. Aşağıda irdelediğimiz üzere, Avrupa ve ABD'deki bazı mahkemeler pasif çevrimiçi pazaryerlerinin tedarikçi/satıcılar tarafından piyasaya sürülen ayıplı mallar nedeniyle alıcılara karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmadığını karara bağlarken, aktif çevrimiçi pazaryerlerinin satıcı veya üretici gibi sınıflandırılmalarını ve bu sıfatla sorumlu tutulmalarını belli şartlar altında kabul etmektedir¹⁰.

Şema: Çevrimiçi Platformların Sınıflandırılması



¹⁰Bkz. aşağıda Bölüm IV.
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)



İncelemelerimiz, tedarikçi/satıcıların piyasaya sürdüğü malların alım satımında aktif rol oynayan B2C ve B2B e-ticaret pazaryerlerinin (ör. Trendyol, Amazon, Alibaba) sorumluluğu ile sınırlı olacak; eBay ya da Google gibi pasif araçların sorumluluğunu kapsamayacaktır. Açıklayacağımız üzere, alıcılar özellikle B2C ve B2B tipi uluslararası çevrimiçi satışlarda sorun yaşamaktadır. E-ticaret platformlarının tedarikçi/satıcılar tarafından piyasaya sürülen ayıplı mallardan dolayı sorumluluklarını incelemeye başlamadan önce, alıcıların ülke dışından bu

tür malları sipariş ettikten sonra karşılaştıkları sorunlara değinmekte hukuki yarar vardır.

II- Sorumluluk Düzenlemelerindeki Yasal Boşluklar

Alıcılar ve tedarikçi/satıcılar, çevrimiçi pazaryerleri üzerinden işlem yaptıklarında daha geniş yelpazede farklı seçeneklere sahip olduklarını, pazarlama maliyetlerinin azaldığını ve bunun fiyatların rekabetçi düzeyde düşük kalmasını sağladığını bilmektedir¹¹. Bununla birlikte, özellikle yurtdışındaki tedarikçi/satıcıların alıcının bulunduğu ülkenin yerel ürün güvenliği düzenlemelerine aykırı ve güvenilir olmayan ürünleri çevrimiçi pazaryerleri üzerinden satışa sunmaları, çevrimiçi pazaryerlerinin olumlu sayılabilecek yönlerinin piyasaya yansımamasına neden olmaktadır¹². Avrupa Tüketici Örgütü tarafından 24 Şubat 2020 tarihinde yapılan basın açıklamasında Amazon, eBay, Aliexpress ve Wish gibi çevrimiçi pazaryerlerinden satın alınan ve test edilen 250 elektronik eşya, oyuncak ve kozmetik ürünün üçte ikisinin AB güvenlik düzenlemeleri ile uyumlu olmadığı belirtilmiştir¹³.

ABD Tüketici Ürün Güvenliği Komisyonu tarafından Amazon aleyhine açılan yakın tarihli bir dava ile AB'dekine benzer karamsar bir tablonun ABD için de geçerli olduğu görülmüş, tedarikçi/satıcıların güvenli olmayan ürünleri çevrimiçi pazaryerleri üzerinden ABD'deki alıcılara sattıkları ortaya çıkmıştır¹⁴. Komisyon, Çin'deki imalatçılar tarafından üretilen ve Amazon'un çevrimiçi platformu üzerinden satılan tehlikeli ürünlerin geri çağırması amacıyla e-ticaret devi hakkında Temmuz 2021'de şikayette bulunmuştur¹⁵. Komisyon'un değerlendirdiği ürünler arasında alarmları

¹¹Rekabet Kurumu'nun yapmış olduğu bir ankete göre Türkiye'deki alıcıların %60,7'si uygun fiyat, %54'ü zamandan tasarruf, %45,6'sı ürün çeşitliliğinin fazla olması nedeniyle e-ticaret platformlarından alışveriş yapmayı tercih etmektedir. Çevrimiçi Erişim: https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-on-rapor-teslim-tsi_son-pdf.

¹²Avrupa Parlamentosu'nun Tek Pazarın İşleyişinin Geliştirilmesine Yönelik Dijital Hizmetler Yasası'na (2020/2018(INL)) Yönelik Komisyon'a Tavsiye Niteliğindeki P9_TA(2020) 0272 sayılı ve 20 Ekim 2020 tarihli İlke Kararı, paragraf 60.

¹³AB Tüketici Organizasyonu'nun 24 Şubat 2020 tarihli Basın açıklaması. Çevrimiçi erişim: <https://www.beuc.eu/publications/two-thirds-250-products-bought-online-marketplaces-fail-safety-tests-consumer-groups/html>.

¹⁴ABD Tüketici Ürün Güvenliği Komisyonu'nun 14 Temmuz 2021 tarihli Basın Açıklaması. Çevrimiçi erişim: <https://www.cpsc.gov/Newsroom/News-Releases/2021/CPSC-Sues-Amazon-to-Force-Recall-of-Hazardous-Products-Sold-on-Amazon-com>.

¹⁵*Id.*

ayıplı olan 24.000 karbonmonoksit dedektörü, yanıcı kumaş güvenlik standartlarını ihlal eden çok sayıda çocuk pijaması ve elektrik çarpmasına karşı korumasız yaklaşık 400.000 saç kurutma makinesi yer almaktadır¹⁶. Bu, Amazon'a karşı yürütülen ilk soruşturma değildir; Ağustos 2019 tarihinde yapılan bir başka soruşturmada platform üzerinden satılan bazı ürünlerin yanlışlıkla "FDA onaylı" olarak listelendiği ortaya çıkmıştır¹⁷.

Çevrimiçi alışveriş yapanların, özellikle gençlerin giderek yurtdışı kaynaklı malları tercih ettiği göz önüne alındığında, yukarıda bahsettiğimiz sorun daha endişe verici bir hal almaktadır. Yeni yapılan bir ankete göre, AB'deki internet kullanıcılarının %73'ü 2020 yılında çevrimiçi platformlar üzerinden en az bir kere alışveriş yapmıştır¹⁸. Yurtdışından en çok çevrimiçi alışveriş yapan kişiler 16-24 yaş grubu aralığındadır¹⁹. Bu grubun %35'i diğer AB ülkelerindeki tedarikçilerden ürün satın almayı tercih ederken, %25'i AB ürün güvenliği düzenlemeleri hakkında çok az bilgiye sahip AB dışında bulunan tedarikçi/satıcılardan ürün satın almıştır²⁰. AB'dekine yakın bir şekilde, Türkiye'de de çevrimiçi platformlar üzerinden yurtdışındaki tedarikçilerden en çok mal veya hizmet satın alan kesim, 25-34 yaş grubu aralığındaki gençlerdir²¹. Ayrıca, Türkiye'deki işletmelerin %72'si en az bir aracı hizmet sağlayıcı bünyesinde satış yapmayı tercih etmektedir²².

Ürün veya hizmetin iş yeri yurtdışında bulunan bir kişiden satın alınması, başka bir deyişle tedarikçi/satıcıların ve alıcıların aynı ülkede bulunmaması, problemle karşılaşan alıcıların tedarikçi/satıcılar ile doğrudan iletişim kurmasını zorlaştırmaktadır. Danimarka Ticaret Odası, çevrimiçi pazaryerleri üzerinden piyasa mal süren tedarikçi/satıcıların genellikle marka adı, satıcı adı, sevk eden adı, işletme adı ve gönderen adı gibi birkaç farklı isim altında hareket ettiğini tespit etmiştir²³. Haliyle bu durum alıcıları

¹⁶Bkz. The Washington Post, 10 Ağustos 2021.

¹⁷Bkz. The Wall Street Journal, 23 Ağustos 2019.

¹⁸Bkz. Eurostat istatistikleri. Çevrimiçi Erişim: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=E-commerce_statistics_for_individuals#Purchasing_online_and_problems_encountered_.282019_survey.

¹⁹*Id.*

²⁰*Id.*

²¹Bkz. T.C. Ticaret Bakanlığı İstatistikleri. Çevrimiçi Erişim: [https://www.eticaret.gov.tr/istatistikler.](https://www.eticaret.gov.tr/istatistikler)

²²*Id.*

²³Danimarka Ticaret Odası'nın 30 Nisan 2020 tarihli Bilgi Notu, s. 19. Çevrimiçi Erişim: [https://www.DANSK-ERHVERV.danskerhverv.dk/siteassets/mediafolder/dokumenter/04-politik/unsafe-products-amazon-30.04.20.pdf.](https://www.DANSK-ERHVERV.danskerhverv.dk/siteassets/mediafolder/dokumenter/04-politik/unsafe-products-amazon-30.04.20.pdf)

yanlış yönlendirmekte, karışıklığa sebep olmakta, gerçekte kimin tedarikçi/satıcı olduğunu belirlemeyi ve dolayısıyla sorumluluğun kaynağını bulmayı güçleştirmektedir. Avrupa Parlamentosu'nun 20 Ekim 2020 tarihli kararı ile açıkça belirttiği üzere, alıcının ülkesi dışında yerleşik bulunan tedarikçi/satıcıların ürün güvenliği ve tüketicinin korunmasına ilişkin yerel kurallara uymayan ürünlerini herhangi bir yaptırıma veya sorumluluğa tabi olmaksızın çevrimiçi ortamda satmalarını mümkün kılan, ama bununla birlikte zararı tazmin imkanı tanımayan bir kanun boşluğu mevcuttur²⁴. Detaylı olarak açıklayacağımız üzere, AB'de e-ticareti düzenleyen E-Ticaret Yönergesi'ni²⁵ iç hukukuna dahil etmiş bulunan Türkiye bakımından da aynı eleştiri geçerlidir²⁶. Yukarıda Türkiye için açıklamış olduğumuz istatistikler göz önüne alındığında, uluslararası alışverişi tercih edenler arasında azımsanmayacak oranda gençlerin bulunması ve adalete erişimde zorluklarla karşı karşıya kalabilecek en zayıf kesimin gençler olması, sorunun önemini bir kat daha artırmaktadır.

Çevrimiçi ortamda alışveriş yapan kişinin Amazon veya Trendyol üzerinden aldığı Çin malı bir saç kurutma makinesinin yol açtığı bedensel zararın tazmini için ne gibi haklara sahip olduğu ve bunları hangi şartlarda ve kim(ler)e karşı ileri sürebileceği sorgulanmalıdır. Alıcının tedarikçi/satıcının gerçek kimlik ve iletişim bilgilerine ulaşabilmesi ihtimalinde dahi onunla iletişim kurması, çoğu zaman başka bir ülkenin yargı yetkisi içinde bulunan tedarikçi/satıcıya karşı dava açması, davayı kazanması ve bu kararın tedarikçi/satıcının bulunduğu ülkede tenfizini sağlaması oldukça zor ve masraflıdır. Alıcıların bulunduğu yargı çevresinden bağımsız olarak, çevrimiçi satışlara uygulanan mevcut yasal düzenlemelerin etkin yaptırımlar ve zararı tazmine yönelik gerçekçi çözümler sunduğunu söylemek mümkün değildir.

Oysa piyasaya sürülen mallarla ilgili sorunlarla başa çıkma ve bunların olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırma yolları aranırken, alıcıların mali çevrimiçi ortamdan veya mağazadan satın almış olması arasında bir ayırım yapılmamalı; mağazadan ve çevrimiçi alışveriş yapan alıcılara eşit şekilde muamele edilmeli, yani benzer hukuki korumalardan yararlandırılmaları

²⁴Avrupa Parlamentosu'nun Tek Pazarın İşleyişinin Geliştirilmesine Yönelik Dijital Hizmetler Yasası'na (2020/2018(INL)) Yönelik Komisyon'a Tavsiye Niteliğindeki P9_TA(2020) 0272 sayılı ve 20 Ekim 2020 tarihli İlke Kararı, paragraf 62.

²⁵AB Parlamentosu ve Konsey'in 8 Haziran 2000 tarihli 2000/31/EC sayılı İç Pazarda Elektronik Ticaret Özelinde Bilgi Topluluğu Hizmetlerinin Hukuki Yönlerine İlişkin Yönerge, OJ L 157.

²⁶ Bkz. aşağıda Bölüm III.

sağlanmalıdır. E-ticaret pazaryerini alıcıların bazı tazminat taleplerinden korumayı amaçlayan “güvenli liman” düzenlemeleri, özellikle bunların uygulama şartları dikkatle incelenmeli, faaliyet kapsamı bu düzenlemelerin dışında kalan e-ticaret platformlarının tedarikçi/satıcılar tarafından yapılan satışlardan doğan zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı araştırılmalıdır. Bu sorular, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (“E-Ticaret Kanunu”), Haziran 2000 tarihli AB E-Ticaret Yönergesi, ABD İletişim Ahlakı Yasası²⁷ (“*the 1996 Communications Decency Act*”) ve ABD Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası²⁸ (“*the 1998 Digital Millennium Copyright Act*”) kapsamında aşağıda irdelenmektedir.

III - Çevrimiçi Platformlara Tanınan “Güvenli Liman” Savunması ve Sözleşmesel Sınırlamalar

Güvenli liman savunmasının kapsamını ele aldıktan sonra, çevrimiçi platformların kullanıcılarla yaptığı sözleşmelerde yer alan sorumsuzluk anlaşmalarını ve bunların hukuki akıbetini irdeleneceğiz. Sorumluluk konusuna geçmeden, son olarak, karşılaştırmalı hukuk verilerinden de yararlanarak bazı değerlendirmelerde bulunacağız.

A. “Güvenli Liman” Savunmasının Kapsamı

E-Ticaret Kanunu’nun mehzası olan E-Ticaret Yönergesi’ni hazırlayan AB yasama organları, çevrimiçi hizmet sağlayıcıların tedarikçi/satıcıların sunduğu içeriklerden sorumlu olmayacaklarını öngörürken ABD İletişim Ahlakı Yasası ve ABD Dijital Milenyum Telif Hakkı Yasası’ndan ilham almıştır²⁹. ABD’deki yasalar gibi, e-ticareti düzenleyen AB mevzuatı bazı koşulları yerine getirdikleri sürece bağlantı ileten, yönlendiren veya sunan çevrimiçi hizmet sağlayıcıları sorumluluktan muaf tutmuştur. AB düzenlemesi, çevrimiçi hizmet sağlayıcılarını bu şekilde hem tedbir kararlarına hem de alıcıların uğradığı zararların tazminine karşı korumaktadır.

E-Ticaret Kanunu madde 9 düzenlemesine kaynaklık etmiş bulunan AB E-Ticaret Yönergesi madde 14’de yer alan “güvenli liman” rejimi, ABD’deki “güvenli liman” rejimine göre daha geniş kapsamlıdır ve ABD’dekinden farklı olarak sadece telif hakkı ya da fikri mülkiyet ihlalleri bakımından değil, çevrimiçi ortamda gerçekleşen her türlü haksız fiiller bakımından çevrimiçi hizmet sağlayıcılarını sorumluluktan muaf

²⁷ ABD İletişim Ahlakı Yasası, 47 U.S.C. § 230 (1996).

²⁸ ABD Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası, 17 U.S.C. § 512 (1998).

²⁹ Bkz. Franz Werro, *Les services Internet et la responsabilité civile*, *Medialex* 3/2008, s. 124-125.

tutmaktadır³⁰. AB E-Ticaret Yönergesi'ne göre, çevrimiçi hizmet sağlayıcılarının ilettikleri ya da depoladıkları bilgilerin doğruluğunu denetleme yükümlülükleri olmadığı gibi³¹ iletimini sağladıkları veya önbelleğe kaydettikleri bilgilerden dolayı da sorumlulukları söz konusu değildir³². İhlalden haberdar olmadıkça veya haberdar olduktan sonra ihlale neden olan içeriği ivedilikle kaldırdıkça, çevrimiçi hizmet sağlayıcılarının sorumlu tutulması mümkün değildir³³.

Bununla birlikte, çevrimiçi ortamda gerçekleşmeyen fiillerden doğan zararlar bakımından “güvenli liman” muafiyet rejimi uygulanmaz. Ayrıca, AB E-Ticaret Yönergesi'nin giriş hükümleri (“preambles”) arasında yer alan 42. paragraf ile “güvenli liman” muafiyetinin salt teknik, otomatik ve pasif platform faaliyetleri özelinde uygulanabileceği kuralına yer verilmiş ve bu şekilde muafiyet tanınan çevrimiçi hizmet sağlayıcıların kapsamı dar şekilde tanımlanmıştır³⁴. AB E-Ticaret Yönergesi'nin diğer giriş hükümleri gibi, söz konusu paragraf hükmü de E-Ticaret Kanunu'na dahil edilmemiştir. Yani, muafiyet rejiminden yararlanabilecekleri pasif araçlar olarak tanımlayan ve rejimin uygulama alanını daraltan AB düzenlemesinin E-Ticaret Kanunu'na alınmamış olması, bizce Türk kanun koyucusunun bilinçli bir tercihi değil, bu konuyu yazılı düzenlemeye konu etme gereği duymamış olmasının bir sonucudur.

³⁰Bkz. Avrupa Parlamentosu, Çevrimiçi Aracılar İçin AB Sorumluluk Rejimi Reformu, Yaklaşan Dijital Hizmetler Yasasının Arka Planı, Brüksel 2020, s. 2, Çevrimiçi Erişim: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_EN.pdf).

³¹Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi, (dn 25), madde 15.

³²Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi, (dn 25), madde 12 ve 13.

³³Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi, (dn 25), madde 14.

³⁴Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi'ndeki 42 numaralı giriş paragrafı: “The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored”. (Bu Yönerge'de belirlenen sorumluluk muafiyetleri, yalnızca hizmet sağlayıcının faaliyetinin, üçüncü kişilerin sağladığı bilgilerin, iletimi daha etkili hale getirme amacıyla iletildiği veya geçici olarak saklandığı, iletişim ağına erişim sağlama ve işletmeye ilişkin teknik süreçle sınırlı olduğu durumları kapsar. Hizmet sağlayıcının bu faaliyetleri salt teknik, otomatik ve pasif bir yapıda olup, bu kapsamda iletilen ya da saklanan bilginin içeriği hakkında bilgisi ya da üzerinde kontrolü yoktur).

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), birlikte gördüğü YouTube ve Cyando'nun taraf olduğu davalara yönelik 22 Haziran 2021 tarihli kararında, AB E-Ticaret Yönergesi'nin “güvenli liman” düzenlemelerine atıfta bulunarak video paylaşım platformlarının kullanıcıların çevrimiçi içeriklerinin telif haklarına riayet edip etmediğini kontrol etme yükümlülüklerinin bulunmadığını vurgulamıştır³⁵. Bu kararla ABAD, çevrimiçi platformların pasif araçlar olarak hareket etmesi durumunda platform kullanıcılarının ihlallerinden dolayı herhangi bir sorumluluklarının olmayacağını açıkça ortaya koymuştur. Her ne kadar anılan karar telif hakkı ihlallerine ilişkin olsa da, AB E-Ticaret Yönergesi çevrimiçi hizmet sağlayıcıların sorumluluğunda yatay yaklaşım benimsediğinden, kararda varılan hukuki sonuçlar çevrimiçi diğer tüm haksız fiiller bakımından da pasif çevrimiçi araçların sorumluluğuna uygulanabilir. Türkiye’de de telif hakkı ihlalleri ve hukuka aykırı içeriklerin kaldırılmasına yönelik uyuşmazlıklarda mahkemeler, AB hukukuyla uyumlu bir şekilde, sadece erişim sağlanan içeriğin hukuka aykırı olduğunu bilmeleri durumunda çevrimiçi platformların sorumluluğunun doğabileceğini belirtmektedir³⁶.

Aracılıkta aktif hareket eden ve bundan gelir sağlayan çevrimiçi pazaryerlerine gelince, Türkiye’deki mahkemeler aktif aracı-pasif aracı ayrımı yapmadıklarından, çok istisnaen bazı kararlarda hizmet sağlayıcıları sorumlu tutmakta³⁷, çevrimiçi pazaryerlerinin ayıplı mallardan sorumluluğuna ilişkin kararların büyük kısmında ise “güvenli liman” rejimini uygulamaktadır. ABAD içtihatlarıyla kıyaslandığında, hizmet

³⁵ABAD, Frank Peterson v Google LLC ve Diğerleri, Elsevier Inc. v. Cyando AG, C-682/18 ve C-683/18, EU:C:2021:503. Benzer kararlar için bkz. ör. ABAD Google France SARL, Google Inc v. Louis Vuitton Malletier SA, C-236/08; Google France SARL v. Viaticum SA ve Luteciel SARL, C-237/08, Google France SARL v. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL ve Diğerleri, C-238/08, EU:C:2010:159; ABAD, L’Oréal SA ve Diğerleri v. eBay International AG ve Diğerleri, C-324/09, EU:C:2011:474.

³⁶Bkz. ör. Yargıtay HGK. E.2013/11-1138 K.2014/16 T.15.01.2014; Yargıtay 11. H.D. E.2019/618 K.2019/8167 T.16.12.2019 (Lexpera).

³⁷Bkz. ör. İstanbul Anadolu 6.Asliye Ticaret Mahkemesi E.2016/306 K.2018/24 T.16.1.2018. Karara konu olayda, e-ticaret platformu üzerinden satın alınan buzdolabının ayıplı olması nedeniyle iade için alıcı e-ticaret platformuna başvurmuş ve platform tarafından satıcı ile iletişime geçildiğine dair bilgi verilmiştir. Satıcı tarafından herhangi bir işlem gerçekleştirilmemesi ve alıcının gönderdiği buzdolabını teslim almadaması üzerine e-ticaret platformu ve satıcıya karşı dava açılmıştır. Mahkeme, “malın satışı ile tüketicilere arzı konusunda birlikte hareket eden her iki davalı şirketin eylemden müştereken ve müteselsilen sorumlu” olduklarını belirterek e-ticaret platformunun sorumlu olduğuna hükmetmiştir (Lexpera).

sağlayıcılara muafiyet tanınması noktasında rejim Türkiye’de geniş yorumlanmaktadır³⁸. Özellikle Yargıtay’ın Ocak 2021 tarihinde vermiş olduğu “Çiçeksepeti” kararı, çevrimiçi pazaryerlerine sorumluluk atfedilmesine ilişkin güncel gelişmelerin takibinde geri kalındığını açıkça ortaya koymaktadır³⁹. Karara konu uyuşmazlık, “www.çiçeksepeti.com” internet sitesi üzerinden satın alınan trüf paketinden sigara izmariti çıkması üzerine doğan zarardan aracı hizmet sağlayıcı Çiçeksepeti’nin sorumlu olup olmadığına ilişkindir. Bedelin iadesi talebiyle yapılan başvuru sonucu Bakırköy 5. Tüketici Hakem Heyeti talebi kabul ederek Çiçeksepeti’nin iade ile yükümlü olduğuna karar vermiştir. Çiçeksepeti’nin husumet yokluğundan kararın iptali talebinin Bakırköy 5. Tüketici Mahkemesi’nce reddi üzerine, Adalet Bakanlığı’nca kanun yararına bozma talebinde bulunulmuştur. Bu talebinde Bakanlık, Çiçeksepeti’nin aracı hizmet sağlayıcı sıfatıyla hareket ettiğini ve E-Ticaret Kanunu madde 9 uyarınca gönderilen ayıplı maldan dolayı işletmeye sorumluluk yüklenemeyeceğini ileri sürmüştür.

E-Ticaret Kanunu madde 9 hükmüne göre aracı hizmet sağlayıcılar, “hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla” yükümlü değildir⁴⁰. E-Ticaret Kanunu ve mehz AB E-Ticaret Yönergesi’nin hazırlandığı dönemlere bakıldığında, dijitalleşmenin henüz yeterince hız kazanmadığı ve çevrimiçi pazaryerlerinin faaliyet alanlarının günümüzdeki kadar genişlemediği gözlemlenebilir. Günümüz koşullarında “güvenli liman” muafiyet rejiminin bundan 20 yıl öncesinde olduğu gibi aynı şekilde uygulanması beklenmemelidir. Kaldı ki, E-Ticaret Kanunu madde 9 uyarınca aracılardan muaf olduğu husus, sunulan içeriği kontrol etme ve araştırma noktasındadır. İçerik ile doğrudan ilişkisi olmayan ve malın bizzat kendisinde ortaya çıkan ayıp bu kapsamda değerlendirilemez. Ayıplı bir malın dolaşıma sokulması, online platformda sunulan içerik ile ilgili değildir ve E-Ticaret Kanunu madde 9 kapsamında aracı hizmet sağlayıcının sorumluluktan muaf tutulmasının gerekçesi olamaz. Yargıtay bu tartışmalara hiç değinmeksizin sadece madde lafzına bakarak Çiçeksepeti’nin platformunda yer verilen

³⁸Bkz. dn 36’da belirtilen kararlar.

³⁹Yargıtay 3. H.D. E.2021/4000 K.2021/11403 T.15.11.2021(Lexpera).

⁴⁰E-Ticaret Kanunu madde 2 fıkra 1-d ile aracı hizmet sağlayıcı, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılması için elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır.

içeriği kontrol yükümlülüğünün bulunmadığını ve satıcı/ithalatçı/üretici konumunda da olmadığından ayıplı maldan sorumlu olmayacağını hükme bağlamıştır⁴¹.

Mehaz düzenleme olan AB E-Ticaret Yönergesi madde 14'teki "güvenli liman" rejiminin E-Ticaret Kanunu madde 9 ile Türk hukukuna uyarlanması sırasında, muafiyet rejiminden yararlanabilecekleri pasif araçlarla sınırlayan AB düzenlemesinin 42. paragrafının gözden kaçırılmış olması, Yargıtay'ın muafiyet rejiminin kapsamını geniş tutmasının en temel nedeni olsa gerektir. "Çiçeksepeti" kararında, zaman içerisinde araçların rolünde meydana gelen değişim ve AB E-Ticaret Yönergesi'nin uygulamasına yönelik güncel ABAD kararları da tamamen göz ardı edilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk verilerinin inceleneceği başlık altında detaylıca açıklayacağımız üzere⁴², önüne gelen uyumsuzlukta Yargıtay'ın öncelikle aracı hizmet sağlayıcının sunduğu hizmetin niteliğini tespit etmesi ve ancak pasif ve salt teknik bir aracılık faaliyeti söz konusuysa "güvenli liman" muafiyet rejiminden yararlanılabileceği yönünde hüküm kurması gerekirdi. Ne yazık ki Yargıtay'ın bu incelemelere yer vermediği "Çiçeksepeti" kararı, yabancı hukuklardaki gelişmelerle de uyumlu bir içtihat oluşturmamaktadır.

B. Sözleşmesel Sınırlamaların Kapsamı

Alıcılar ile akdettikleri üyelik sözleşmeleri ("user agreements") incelendiğinde, e-ticaret platformlarının kendilerinin de sorumsuzluk düzenlemelerine yer verdiği görülmektedir. Bu sorumsuzluk düzenlemeleri ile çevrimiçi hizmet sağlayıcılar, tedarikçi/satıcı ile alıcılar arasında akdedilen sözleşmelerin tarafı olmadıklarını, satılanın ayıplarından sadece tedarikçi/satıcının sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Öt. Trendyol Alıcı Üyelik Sözleşmesi madde 3.5 bu yönde bir hüküm içermektedir⁴³.

Söz konusu hükümlerin varlığı ve ilgili mahkeme kararları, ayıplı bir malın yol açtığı kayıplar neticesinde tedarikçi/satıcıya ulaşamayan alıcıların çevrimiçi hizmet sağlayıcılara başvurmalarında engel teşkil etmektedir. Bu

⁴¹Yargıtay'ın daha önceki kararlarında da benzer yönde hüküm kurduğu görülmektedir. Bkz. Yargıtay 13. H.D. E.2017/5834 K.2018/12148 T.14.12.2018. Kararda çevrimiçi platformun alıcı ile hizmet sözleşmesi akdettiği bu nedenle tüketiciye hizmet sunan sağlayıcı olduğu, sadece Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik madde 5'te yer alan bilgilerin eksiksiz olarak platformda yer almasını sağlamaya yönelik yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir (Lexpera).

⁴²Bkz. aşağıda Bölüm III.C.

⁴³Çevrimiçi Erişim: <https://www.trendyol.com/s/alici-uyelik-sozlesmesi>.

durumun önüne geçilebilmesi adına, belirli şartların varlığı halinde öncelikle bu sorumsuzluk düzenlemelerinin geçersiz kılınması gündeme gelebilir.

Sorumsuzluk düzenlemelerinin Türk hukuku uyarınca geçersiz kılınabilmesi için öncelikle üyelik sözleşmelerinin tabi olduğu ülke hukukunun tespiti gerekir. Üyelik sözleşmelerinde genellikle yabancı ülke hukuku tercih edilmektedir. Özellikle tüketicilerin taraf oldukları işlemlerde yabancı ülke mahkemelerinin yetkilendirilmesi durumunda, tüketicilerin alınan malın maliyetini aşan masraflara katlanarak dava yolunu tercih etme olasılığı oldukça düşüktür. Bu nedenle, tüketicilerin adalete erişimini önemli ölçüde azaltan yetki sözleşmelerinin geçersizliği ileri sürülebilir. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”) madde 5 uyarınca, yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olması durumunda Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁴. Kamu düzeni kavramı öğreti ve Yargıtay kararları ışığında şekillenmektedir. Yetki sözleşmelerinin kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususunda Yargıtay, bazı kararlarında kamu düzeni kavramını geniş yorumlayarak yetki sözleşmelerinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁴⁵. Tüketiciler ile akdedilen yetki sözleşmelerinde hukuka aykırılık, düzenleyenin başka bir ülke hukukuna atıf yapmasından kaynaklanmaz; tüketiciye müzakere imkanı tanınmadan, hüküm ve sonuçlarını anlatmadan yetki düzenlemelerini standart sözleşme ile empoze etmesinden kaynaklanır. Yargıtay’ın kamu düzeni kavramını geniş yorumladığı da göz önünde tutularak, tüketiciler ile yapılan yetki sözleşmelerinin de hükümsüz kılınması gerekmektedir. Uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemelere ilişkin düzenlemenin hükümsüz kılınması durumunda, MÖHUK madde 26 fıkra 2 uyarınca taraflar hukuk seçimi yapmamış sayılacağından tüketicinin mutad mesken hukuku olan Türk

⁴⁴Yargıtay İBGK. E.2010/1 K.2012/1 T.10.02.2012 kararında kamu düzenini “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanımlamakta, Türk hukukundaki kamu düzeninin çerçevesinin ise “Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık” şeklinde çizilebileceğini belirtmektedir (Lexpera).

⁴⁵Bkz. ör. Yargıtay 9. H.D. E.1992/1621 K.1992/7890 T.06.07.1992; Yargıtay HGK, E.1998/287 K.1998/325 T.06.05.1998; Yargıtay 11.H.D. E.2008/5454 K.2009/2604 T.06.03.2009; Yargıtay 9.H.D. E.2010/7381 K.2010/16168 T.03.06.2010 (Lexpera).
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

hukuku uygulanabilecektir. Bu sayede, tüketicilerin hukukunu bilmedikleri bir ülkede dava takip etmeleri noktasındaki zorlukların önüne geçilebilecektir.

Kullanıcı sözleşmelerine Türk hukukunun uygulanabileceği tespitinden sonra, üyelik sözleşmelerindeki sorumsuzluk düzenlemelerinin geçersizliği ileri sürülebilecektir. Alıcının tüketici olduğu olasılıkta⁴⁶, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre haksız şart olarak nitelendirilmektedir⁴⁷. Sözleşme şartının önceden hazırlanması ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilmelidir⁴⁸. Başka bir ifadeyle, tüketiciye “önüne konulan metinde değişiklik yapabilme imkanının fiilen tanınması” gerekmektedir⁴⁹. Bir hükmün haksız şart olup olmadığının tespitinde ikinci husus, ilgili hükmün tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı ölçüde önemli bir dengesizliğe yol açıp açmadığıdır. Dengesizliğin tespitinde sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesi gerekir⁵⁰. Sözleşme hükmünün haksız olup olmadığı ise sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenmektedir⁵¹. Anılan hususlar doğrultusunda yapılan değerlendirme sonucunda bir hükmün haksız şart niteliği taşıdığı sonucuna ulaşırsa, yaptırımını kesin hükümsüzlük olacak ve bu hüküm dışındaki düzenlemeler geçerliliğini koruyacaktır⁵².

Bu doğrultuda, tüketicilerin e-ticaret platformundan alışveriş yaparken internet sitesindeki “Ön Bilgilendirme Koşullarını ve Mesafeli Satış Sözleşmesini okudum, onaylıyorum” şeklinde ifadelere yer verilen kutucukları işaretleyerek, ilgili metinlere ilişkin herhangi bir

⁴⁶6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 3 fıkra 1-k uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir.

⁴⁷Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 5 fıkra 1.

⁴⁸Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 5 fıkra 3.

⁴⁹Bkz. ör. Yargıtay HGK. E.2017/623 K.2019/488 T.18.4.2019. Detaylı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, İstanbul 2017, s. 243 vd.

⁵⁰17.06.2014 tarih 29033 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik madde 5 fıkra 3.

⁵¹Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 5 fıkra 6.

⁵²Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 6 fıkra 2.

tartışma/görüşme imkanı tanınmaksızın satın alma işlemini gerçekleştirmek zorunda kalmaları durumunda müzakereden söz edilemeyecektir. Ayrıca, sözleşmelerde sorumsuzluk kaydının yanı sıra, e-ticaret platformlarına tek taraflı sözleşmede değişiklik hakkı tanınması, tek taraflı olarak erişimin engellenmesi, devir yasağı gibi düzenlemelere de yer verilebildiğinden, sözleşme genelinde tüketici aleyhine dengesizlik söz konusu olduğu düşünülebilecektir. Bu nedenle sözleşmelerdeki sorumsuzluk düzenlemeleri kesin hükümsüz olacak ve uygulanmaları mümkün olmayacaktır.

Alıcı tüketici değilse, başka bir ifadeyle ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden bir kişi ise, sorumsuzluk düzenlemelerinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) madde 20 uyarınca genel işlem şartı olarak kabul edilmesi ve TBK’nın ilgili hükümlerine göre geçersiz kılınması mümkün olabilir. TBK madde 20 fıkra 1’e göre, sözleşme yapılırken, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden hazırlanarak karşı tarafa sunulan sözleşme hükümleri genel işlem şartı olarak nitelendirilmektedir. Genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına dahil olabilmesi için öncelikle yürürlük denetiminden, ardından yorum yoluyla denetim ve içerik denetiminden geçmesi gerekmektedir. Sorumsuzluk hükümleri özelinde bu hükümlere yürürlük denetimi ve bu denetimden geçmesi halinde TBK madde 25 uyarınca içerik denetimi uygulanmalıdır. Yürürlük denetimi, genel işlem şartının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığına yöneliktir. Genel işlem şartına sözleşmede yer verilebilmesi için (düzenleyen tarafından) karşı tarafın şartlar hakkında açıkça bilgilendirilmesi, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlanması ve karşı tarafın kabulü gerekmektedir⁵³. Bu unsurların eksik olması halinde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır⁵⁴. Yazılmamış sayılma kavramı ile ifade edilmek istenenin yokluk mu yoksa kesin hükümsüzlük mü olduğu noktasında öğretilerde tartışmalar olmakla birlikte, hangi görüş tercih edilirse edilsin burada önemli olan ilgili genel işlem şartının sözleşmenin parçası haline gelmemesi ve uygulanmamasıdır⁵⁵. Karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümlerin genel işlem şartları yoluyla getirilip getirilememesi içerik denetimidir⁵⁶. TBK madde 25’te yer alan dürüstlük

⁵³TBK madde 21 fıkra 1 cümle 1.

⁵⁴TBK madde 21 fıkra 1 cümle 2.

⁵⁵Kanaatimizce burada ifade edilmek istenen hükümsüzlüktür. Yokluktan söz edebilmek için işlemin geçerli bir iradeye dayanmaması gerekir. Burada geçerli bir irade mevcut olmakla birlikte, bu iradeyle gerçekleştirilmek istenen kanuni düzenlemelere aykırıdır (bkz. TBK madde 27).

⁵⁶TBK madde 25.

kuralına gelince, bize göre, halihazırda karşı tarafın aleyhine olan hükümler bakımından esasen ayrı bir dürüstlük kuralı değerlendirmesine gerek yoktur. Dürüstlük kuralı, sözleşme dengesinin bozulup bozulmadığını değerlendirmede hâkime yol gösteren ölçüt olarak kabul edilmelidir⁵⁷.

Çevrimiçi ortamda yapılan alım satım işleminde alıcının tüketici olmadığı durumda sorumsuzluk hükmünün genel işlem şartı niteliği taşıdığı ve yürürlük denetimi veya içerik denetimi sonucu hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Burada da alıcılara sözleşme hükümlerini inceleme imkanı tanınmamakta, herhangi bir bilgilendirme yapılmamakta ve alıcı aleyhine yetki ve sorumsuzluk hükümlerine yer verilmektedir.

C. Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmeleri

Sorumsuzluk düzenlemelerinin haksız şart ya da genel işlem şartı olarak kabul edip geçersiz kılınması, otomatik olarak çevrimiçi hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun bulunduğu anlamına gelmez. Sözleşmelerdeki yetki ve sorumsuzluk düzenlemeleri aşıldıktan sonra incelenmesi gereken husus, bir aracının ne zaman yalnızca teknik, otomatik ve pasif olarak hareket ettiğinin tespiti olmalıdır. Aslında, zaman içerisinde araçların rolü çeşitli aşamalardan geçerek gelişim göstermiştir; AB E-Ticaret Yönergesi'nin 20 yıldan daha uzun bir süre önce yürürlüğe girdiği dönemdeki gibi halen tüm çevrimiçi platformların salt teknik aracılık yapan platformlar olduğunu söylemek mümkün değildir⁵⁸. Özellikle Trendyol, Amazon gibi kullanıcılara geniş bir mal ve hizmet yelpazesi sunan modern çevrimiçi pazaryerleri teknik ve pasif olmaktan uzaktır.

Pasif ve aktif çevrimiçi pazaryerleri arasındaki ayrımın Türk ve yabancı hukuklardaki sonuçlarını detaylı olarak incelemeden önce, bu makalenin ana fikrinin çerçevesini daha net çizebilmek adına bu ayrımın arkasındaki nedenleri kısaca açıklamamız yerinde olur. Her ne kadar tedarikçi/satıcılar ve alıcılar kendilerini çevrimiçi ortama kaydettirseler de, birçok tedarikçi/satıcının ve alıcının takma isim altında hareket ettiği pasif çevrimiçi pazaryerleri, tedarikçi/satıcılar ve alıcılar arasındaki işlem üzerinde gerçek bir kontrole sahip değildir. Örneğin eBay ve Google, tedarikçi/satıcıların teklif vermelerine ve alıcıların istedikleri zaman mal veya hizmeti satın almalarına izin veren pasif ve teknik araçlar olarak kabul edilebilir. Bu tür araçların, benimsedikleri iş modeli uyarınca,

⁵⁷Bkz. Erdem Büyüksağış, İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlandırılması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri, in: Ayşe Havutçu/Emre Cumalıoğlu (edit.), Aydın Zevkliler'e Armağan, 2013, s. 710.

⁵⁸Bu konuda bir inceleme için bkz. Tarleton Gillespie, Platforms Are Not Intermediaries, Georgetown Law Technology Review 2018, s. 198.

tedarikçi/satıcıların satmaya ya da alıcıların satın almaya ehil olup olmadıkları hakkında özel bilgiye sahip olması beklenemeyeceği gibi, platformlarında satılan malların ne derece güvenilir olduğunu araştırmaları da mümkün değildir⁵⁹. Dolayısıyla, eBay ve Google gibi pasif çevrimiçi pazaryerleri tedarikçi/satıcı olarak nitelendirilemez. Bunların, tedarikçi/satıcılar tarafından satılan malların güvenlik, kalite veya pazara giriş gerekliliklerini karşılayıp karşılamadığını kontrol etme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak, hak sahibinin aracıya ihlal bildiriminde bulunması halinde aracının ilgili ilanı kaldırması gerekir⁶⁰. Nitekim Rolex v. eBay davasında Alman Yüksek Mahkemesi, İsviçreli lüks saat üreticisinin bildirimini üzerine eBay'in platformundaki sahte saat satma girişimlerini engellemesi gerektiğine karar vermiştir⁶¹.

Pasif çevrimiçi platformlar için uygulanacak hükümler yerleşmiş olsa da, çevrimiçi perakendeciliği pazaryerlerinin işleyişiyle birleştiren Amazon gibi aktif platformlar bakımından bunların hukuki niteliği ve sorumluluklarının kapsamının henüz tam anlamıyla açıklığa kavuşmamış olduğu gözlemlenebilir. Kararlarını “güvenli liman” düzenlemelerine atıfta bulunarak gerekçelendiren bazı mahkemeler, alıcıların tedarikçi/satıcılardan satın aldığı malların güvenli ve yasal gerekliliklere uygun olduğu konusunda e-ticaret platformları tarafından alıcılara herhangi bir garanti verilmediği yönündeki savunmalara halen itibar etmektedir. Bu anlamda, söz konusu mahkemelerin - ve bu arada “Çiçeksepeti” kararına imza atan Yargıtay'ın - pasif ve aktif e-ticaret platformları arasında pratik açıdan bir fark görmediği anlaşılmaktadır.

E-Ticaret Kanunu ile aracı hizmet sağlayıcıların sorumsuzluğuna ilişkin genel bir düzenleme getirilmiş; Türk hukukunda ve yargı kararlarında henüz aktif-pasif aracı hizmet sağlayıcı ayırımına gidilmemiştir. Her ne kadar aracı hizmet sağlayıcıların hukuki niteliği yönünden böyle bir ayırma gidilmemiş olsa da, Türk mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta mehz AB E-Ticaret Yönergesi'nin girişinde bulunan paragraf 42 hükmüne paralel karar

⁵⁹Bkz. Kanchana Kariyawasam/Scott Guy, The Contractual Legalities of Buying and Selling on eBay: Online Auctions and the Protection of Consumers, Journal of Law, Information and Science (JLIS) 2008, s. 42-72.

⁶⁰ABD hukukunun aksine AB E-Ticaret Yönergesi usulüne uygun yayından kaldırma bildirimini koşullarını tanımlamamaktadır. Bkz. Eric Goldman, An Overview of the United States' Section 230 Internet Immunity, in: Giancarlo Frosio (edit.), Online Intermediary Liability, Oxford 2020, s. 168.

⁶¹11 Mart 2004 tarihli BGH, I ZR 304/01.

verebileceği kanaatindeyiz⁶². AB E-Ticaret Yönergesi'ndeki giriş paragraflarının hiçbirine E-Ticaret Kanunu'nda yer vermediği göz önüne alındığında, ilgili düzenlemeleri E-Ticaret Kanunu'na dahil etmemede kanun koyucunun bilinçli hareket ettiği söylenemez. E-Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde de buna dair bir açıklama yoktur. Dolayısıyla, E-Ticaret Kanunu madde 9 hükmünün sadece pasif ve teknik aracılık hizmeti sağlayan platformlar bakımından uygulanabilir olduğu ve platformlarda yer alan içerikten sadece bu tip çevrimiçi pazaryerlerinin sorumlu olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

Eğer "Çiçeksepeti" kararı özelinde Yargıtay gerekli incelemeleri yapmış olsaydı, Çiçeksepeti'nin aktif bir aracılık faaliyetinde bulunduğu ve bu nedenle E-Ticaret Kanunu madde 9 hükmünden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılabilirdi. Çiçeksepeti'nin alıcılar ile akdettiği üyelik sözleşmesi madde 4.6 hükmüyle ücretin Çiçeksepeti tarafından tahsil edileceğinin düzenlenmesi⁶³, birçok kargo şirketiyle satıcılara indirim sağlanması yönünde anlaşmalar yapılması ya da kargo ücretinin tamamen Çiçeksepeti tarafından karşılanması⁶⁴, tedarikçi/satıcının alıcı ile sadece Çiçeksepeti aracılığıyla iletişim kurabilmesi⁶⁵, tedarikçi/satıcının siparişinde kullanacağı kart notu, kargo poşeti vb. malzemeleri Çiçeksepeti'nin ayrı bir uygulaması üzerinden temin edebilmesi ve bu malzemelerde Çiçeksepeti logosu/unvanına yer verilmesi⁶⁶ gibi hususlar dikkate alındığında, Çiçeksepeti'nin satım ilişkisinde aktif bir rol oynadığı, artık bir temel hizmet sağlayıcısı olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu nedenlerle E-Ticaret Kanunu madde 9'daki "güvenli liman" düzenlemesinin kapsamı dışında kaldığı söylenebilir. Varılan bu sonuç, ABAD ve ABD'deki mahkemelerin yakın tarihli kararlarında ortaya koyduğu aşağıdaki yaklaşımla da uyumlu olur.

ABAD içtihatları, AB E-Ticaret Yönergesi'nin 14. maddesinde yer alan "güvenli liman" düzenlemesinin yalnızca alıcılar ve tedarikçi/satıcılar arasında teknik ve pasif aracılık yapan çevrimiçi platformlar için geçerli

⁶²Giriş hükümlerinin bağlayıcı olup olmadığına yönelik tartışmalar için bkz. Tadas Klimas/Jurate Vaiciukaite, *The Law of Recitals in European Community Legislation*, ILSA Journal of International & Comparative Law 2008, s. 15. Çevrimiçi Erişim: <https://ssrn.com/abstract=1159604>; ABAD, *Deutsches Milch-Kontor GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-136/04, paragraf 32, EU:C:2005:716.

⁶³<https://www.ciceksepeti.com/ciceksepeti-uyelik-sozlesmesi>.

⁶⁴<https://ciceksepeti.dev/siparis/siparis-kargo-sreleri/cicek-sepeti-kargo-entegrasyonu>.

⁶⁵<https://akademi.ciceksepeti.com/sikca-sorulan-sorular/>.

⁶⁶<https://www.ciceksepetidukkan.com/sarf-malzemeler>.

olduğunu teyit eder niteliktedir. L'Oréal v. eBay kararında ABAD, çevrimiçi pazaryerlerinin sorumluluktan muaf olabilmeleri için, tarafsız olarak ve yalnızca teknik ve otomatik bir şekilde veri işledikleri bir aracılık hizmeti sağladıklarını kanıtlamaları gerektiğine karar vermiştir⁶⁷. Buna karşılık, veriler hakkında bilgi sahibi olduğu gibi ve bunlar üzerinde kontrol sağlayacak türden aktif bir rol oynayan çevrimiçi platformların ABAD'a göre "güvenli liman" muafiyetinden yararlanma hakkı bulunmamaktadır⁶⁸.

Güvenli liman hükümlerinin AB'deki bu dar yorumu, ABD İletişim Ahlakı Yasası'nın (CDA) 230. paragrafıyla ve yakın tarihli ABD mahkeme kararlarıyla uyumludur. Ör. Oberdorf v. Amazon davasında 3. Bölge Temyiz Mahkemesi, paragraf 230'u uygulamayı reddederek Amazon'un çevrimiçi bir aracından ziyade satış sürecinde aktif rol oynayan bir aktör olduğuna karar vermiştir⁶⁹.

Bu hukuksal yaklaşımla ve sektördeki son gelişmeler ile birlikte "güvenli liman" olarak adlandırılan sorumsuzluk hükmünün uygulama alanının giderek daralmakta olduğunu söyleyebiliriz. Çoğu çevrimiçi pazaryeri gelirlerini artırmak adına çevrimiçi perakendecilik ile çevrimiçi alışverişi birleştiren hibrit bir iş modeli geliştirmektedir. Bu pazaryerleri, tedarikçi/satıcıların mallarını depolarında saklamakta, stoklamakta, paketlemekte ve alıcılara göndermektedirler. Tedarikçi/satıcı ve alıcı arasındaki basit teknik aracılık faaliyetlerinden siparişi tamamen yerine getirme hizmetlerine doğru evrilen bu iş modeli hakkında ABAD Hukuk Sözcüsü de açıklamalarda bulunmuştur⁷⁰. Hukuk Sözcüsü, Coty v. Amazon davasında şu hususlara vurgu yapmıştır:

"İnternet sitesinde de belirtildiği üzere, Amazon teşebbüsleri mal pazarlama sürecindeki aktif katılımlarının bir parçası olarak normalde tedarikçi/satıcılar tarafından gerçekleştirilen birçok işi üstlenmektedir. İlgili internet sitesinde tedarikçi/satıcıların "Amazon tarafından yerine getirilme" programına katılmalarını teşvik etmek için şu ifadeye yer verilmektedir:

⁶⁷ABAD, L'Oréal SA v. eBay Int'l AG, Case C-324/09, EU:C:2011:474. Karar üzerine bir inceleme için bkz. Franz Hacker, "L'Oréal/eBay": Die Host-Provider-Haftung vor dem EuGH, GRUR-Prax 2011, s. 391-394; Céline Castets-Renard, Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet, Recueil Dalloz, 2012, s. 827-833.

⁶⁸Aynı yönde bkz. Franz Hofmann/Louisa Specht-Riemenschneider, Verantwortung von Online-Plattformen, Ein Plädoyer für ein funktionszentriertes Verkehrspflichtenkonzept, Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE) 2021, s. 57.

⁶⁹Oberdorf v. Amazon.com Inc., 930 F.3d 136 (3d Cir. 2019).

⁷⁰Hukuk Sözcüsü'nün 28 Kasım 2019 tarihli Görüşü, Coty Germany GmbH v Amazon Services Europe Sàrl, C-567/18, paragraf 57, EU:C:2019:1031.

‘Mallarınızı Amazon’un lojistik merkezlerine gönderin ve gerisini bize bırakın’⁷¹.”

2 Nisan 2020 tarihli Coty v. Amazon kararında ABAD, bu konuda bir açıklamaya ihtiyaç bulunmasına rağmen “güvenli liman” düzenlemelerinin Amazon’a uygulanabilirliğine ilişkin Hukuk Sözcüsü tarafından yukarıda işaret edilen konuyu tartışmamıştır⁷². Bu nedenle, çevrimiçi hizmetlerinin yanı sıra temel hizmetleri de sunan Amazon gibi çevrimiçi pazaryerlerinin “güvenli liman” düzenlemelerinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu halen yanıt beklemektedir.

Bununla birlikte, çevrimiçi pazar yerlerinin sorumluluğuyla doğrudan ilgili olmasa da ABAD tarafından verilen “Airbnb”⁷³ ve “Uber”⁷⁴ kararları olası bir cevaba ışık tutabilir. Airbnb ve Uber’in pasif bir çevrimiçi hizmet sağlayıcı ya da aktif temel hizmet sağlayıcı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda ABAD, bu araçların yürüttüğü faaliyetlerin hukuki niteliğinin tespitine yönelik bir inceleme yapmıştır. Bu inceleme, AB E-Ticaret Yönergesi madde 14 kapsamında “güvenli liman” hükmüne göre sorumluluktan muaf tutulabilecek araçların tanımı bakımından önemlidir. Zira, yalnızca pasif çevrimiçi hizmet sağlayıcıları çevrimiçi depolanan bilgilerin doğruluğunu kontrolden muaftır; buna karşın, temel hizmet sağlayıcıları “güvenli liman” hükmünden yararlanamaz⁷⁵.

ABAD, Airbnb’yi emlakçı, yani temel hizmet sağlayıcı olarak değil, bir çevrimiçi hizmet sağlayıcı olarak nitelendirmiştir⁷⁶; zira Airbnb, ev sahipleri ile misafirlerin elektronik platform yoluyla birbirleriyle iletişime geçmelerini sağlayan pasif bir aracılık hizmeti sunmaktadır⁷⁷. Bununla birlikte ABAD, ulaşım koşullarının belirlenmesi, hizmetin fiyatının tanımlanması ve ödemelerin tahsili üzerinde önemli derecede kontrole sahip olmasını gerekçe göstererek Uber’i taşımacılık hizmeti sağlayan aktif bir aracı olarak nitelendirmiştir⁷⁸. Bu şekildeki bir aracılığın sunulan şehir içi ulaşım hizmetinin önemli bir parçası olduğu açıktır⁷⁹.

⁷¹Oberdorf kararı (dn 69).

⁷²ABAD, Coty Germany GmbH v. Amazon Services Europe Sàrl, C-567/18, EU:C:2020:267.

⁷³ABAD, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112.

⁷⁴ABAD, Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL, C- 434/15, EU:C:2017:981.

⁷⁵Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi’ndeki 42 numaralı giriş paragrafı (dn 34).

⁷⁶Bkz. AB E-Ticaret Yönergesi (dn 25), paragraf 52.

⁷⁷Airbnb kararı (dn 73).

⁷⁸Uber kararı (dn 74).

⁷⁹*Id.*

Avrupa'daki yerel mahkemelerin de benzer bir yaklaşım içerisinde olduğu verilen kararlardan görülmektedir. Ör. Danimarka Denizcilik ve Ticaret Yüksek Mahkemesi, bir çevrimiçi müzayede platformunun satış sürecine katılım derecesini dikkate alarak, platformun alıcılara doğrudan temel hizmetleri sağladığını tespit etmiştir⁸⁰. Yüksek Mahkeme kararını gerekçelendirirken, müzayede platformunun tedarikçi/satıcıyla alıcı arasındaki sözleşmenin akdedilmesindeki rolünü dikkate almıştır. Somut olayda platform uzaktan satış sistemini sağlamış, sistemi tasarlamış ve tanıtımını yapmış, alıcıların sipariş vermelerini sağlayan çevrimiçi formu paylaşmış ve yapılan sözleşmeler için komisyon almıştır⁸¹.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ve kararlar doğrultusunda ulaştığımız ilk çıkarım şudur: çevrimiçi bir platformun ödeme ve derecelendirme sistemlerinin düzenlenmesi ve tedarikçi/satıcılarla yapılan sözleşmelerin içeriğinin belirlenmesi gibi aracılığın ekonomik yönleri üzerinde önemli bir etkiye sahip olması, bu platformun artık bir çevrimiçi hizmet sağlayıcı olarak değil, temel hizmet sağlayıcısı olarak nitelendirilmesine yol açar. E-Ticaret Kanunu madde 9 ile çevrimiçi hizmet sağlayıcıların bilgilerin kontrolü ve saklanması yönünden sorumlu olmayacağı düzenlendiğinden, çevrimiçi hizmet sağlayıcıların temel hizmetleri sunan işletmeler gibi hareket ederek satıcı veya üretici gibi davranmasından kaynaklı sorumluluk gündeme geldiğinde “güvenli liman” rejimi uygulama alanı bulmaz. Daha açık söylemek gerekirse, çevrimiçi pazaryerlerinin malları tedarikçi/satıcıdan teslim alma, depolama, paketleme, alıcıya kargolama, alıcıdan bedeli tahsil etme, satım konusu mal hakkındaki geri dönüşlere göre tedarikçi/satıcılarla olan ilişkilerini revize etme gibi işlemlerle sürece aktif katılım sağlaması ve mallar üzerinde fiziksel hakimiyet de kurması durumunda bu pazaryerleri E-Ticaret Kanunu madde 9 hükmüne dayanamaz. Alıcı ve tedarikçi/satıcı arasındaki sözleşmenin akdedilmesi ve ifasında aktif rol oynamış olması, platformu üzerinden ayıplı bir mal satması durumunda e-ticaret pazaryerinin “güvenli liman” düzenlemelerinin öngördüğü korumadan yararlanmasını engeller.

Birçok çevrimiçi pazaryerinin “güvenli liman” rejiminden yararlanmasının bizce mümkün olmamasının bir diğer nedeni de, (potansiyel) alıcı ve tedarikçi/satıcıların verileri hakkında bilgi sahibi olmalarını ve bunları kontrol etmelerini kolaylaştıran veri bilimi ve

⁸⁰Danimarka Denizcilik ve Ticaret Yüksek Mahkemesi'nin 18 Haziran 2009 (QXL) tarihli, SH2009.N.0001.07 sayılı kararı, akt. Marie J. Sørensen, Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework, Nordic Journal of Commercial Law 2018, s. 81.

⁸¹*Id.*

öngörüye dayalı mühendislik analitiğini çevrimiçi pazaryerlerinin aktif bir şekilde kullanmasıdır. Özellikle yapay zeka ve büyük veri analitiği, çevrimiçi pazaryerlerinin kullanıcı davranışlarını izleme ve analiz etmesine, satın alma ve mal kullanımı hakkında iç görüşü kazanmasına olanak tanımaktadır. Bu nedenle yapay zeka güdümlü çevrimiçi pazaryerlerinin yüksek hacimli verilere erişimi mümkündür⁸². Çevrimiçi pazaryerlerinin tedarikçi/satıcıların mallarının pazarlanmasında böylesine aktif bir rol oynaması, onları “güvenli liman” düzenlemeleri ile öngörülen korumayı kaybetme riskiyle karşı karşıya bırakacaktır.

AB Komisyonu, 21 Nisan 2021’de yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin yol açtığı zararların tazmini hakkında kusursuz sorumluluk rejimi öngören bir Tüzük teklifi (“Yapay Zeka Yaklaşımına İlişkin Tüzük Teklifi”) yayımlamıştır⁸³. Tanımı gereği yüksek riskli yapay zeka sistemleri, çevrimiçi ortamda satılan ayıplı mallar açısından kişilerin sağlığı, güvenliği veya temel hakları için önemli bir risk teşkil ettiğinden⁸⁴, çevrimiçi ortamda satılan ayıplı mallar yönünden Tüzük Teklifi yapay zeka destekli çevrimiçi pazaryerlerine “güvenli liman” hükümlerine başvurma noktasında fazla özgürlük tanımamaktadır⁸⁵. Bu düzenlemeler karşısında, satılanın ayıpları nedeniyle çevrimiçi pazaryerlerinin sorumluluğunun daha sık gündeme geleceği söylenebilir.

IV - Çevrimiçi Platformların Sorumluluğu

Tedarikçi/satıcıların piyasaya sürmüş olduğu malların ayıplı olmasından dolayı çevrimiçi pazaryerlerinin sorumluluğunu düzenleyen belirli bir yasal çerçevenin bulunmaması, mahkemeleri satıcı ve üreticilere uygulanan kurullarla bu boşluğu doldurmaya yönelmektedir. Bunlara ek olarak,

⁸²Bkz. AB Komisyonu Dijital Tek Pazar Stratejisi, COM (2015) 192 final, s. 11.

⁸³AB Komisyonu, Avrupa’nın Yapay Zeka Yaklaşımına İlişkin Tüzük Teklifi, 2021/0106 (COD). Çevrimiçi Erişim: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>. Daha fazla bilgi için bkz. Erdem Büyüksagis, Responsabilité pour les systèmes d’intelligence artificielle, Haftung und Versicherung (HAVE/REAS) 1/2021, s. 12-24; Philipp Eitzkorn, Die Initiative des EU-Parlaments für eine EU-Verordnung zur zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz von KI, Computer und Recht 2020, s. 764-768; Christiane Wendehorst, Strict Liability for AI and other Emerging Technologies, Journal of European Tort Law (JETL) 2020, s. 150-180.

⁸⁴Bkz. AB Yapay Zeka Yaklaşımına İlişkin Tüzük Teklifi (dn 83), madde 7, paragraf 1(b) ve Açıklayıcı Bilgi Notu (dn 83), s. 3.

⁸⁵Bkz. Franz Werro/Erdem Büyüksagis, The Bounds between Negligence and Strict Liability, in: Mauro Bussani/Anthony J. Sebok (edit.), Global Tort Law, Cheltenham 2021, s. 211.

konuyla doğrudan ilgisi bulunduğunu düşündüğümüz organizasyon sorumluluğunun tartışılması da uygun olur. Yukarıda bahsettiğimiz sorumluluk kurallarının uygulanması sonucu çevrimiçi pazaryerlerinden tazminat talep edilebilmesi için aranan şartları aşağıda yabancı mahkeme kararlarına da referans yaparak ve ayrı ayrı ele alacağız.

A. Çevrimiçi Pazaryerlerinin Satıcı Olarak Sorumluluğu

Çevrimiçi pazaryerleri hem malı satan tedarikçi/satıcılarla hem de bu malları satın alan alıcılarda acentelik, aracılık, komisyon ve sevkiyat unsurlarını bir araya getiren sözleşmeler (“*user agreements*”) yapmaktadır⁸⁶. Bu durum, platformda satılan ayıplı malların neden olduğu zarardan çevrimiçi pazaryerlerinin tedarikçi/satıcı ile birlikte alıcılara karşı sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bunun cevabı, belirli bir alıcıyla olan ilişkisi bakımından söz konusu çevrimiçi pazaryerinin satıcı olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağına bağlıdır.

AB’de, 1 Temmuz 2021’den itibaren geçerli olmak üzere, AB dışından ithal edilen ve değeri 150 Euro’nun altında olan mallar için pazaryerleri, tedarikçi tacirler adına KDV’nin tahsil edilmesinden ve ödenmesinden sorumlu hale getirilmiştir⁸⁷. Bu yeni düzenleme karşısında, vergi hukuku bakımından pazaryerlerinin malları alıcılara sattığı düşünülebilir. Ancak durum sözleşme hukuku açısından değerlendirildiğinde, KDV’nin tahsilinde yola çıkarak benzer bir yorumda bulunmak mümkün olmayabilir. Her ne kadar satıcının sorumluluğu tüm hukuk sistemleri tarafından ayrıntılı düzenlemelere konu edilmişse de, “satıcı” kavramı net bir şekilde tanımlanmamıştır.

Ör. AB Tüketici Satışlarına İlişkin Yönerge madde 1 paragraf 2(c) ile satıcı oldukça geniş olarak, “ticareti, işi veya mesleği sırasında bir sözleşme kapsamında tüketim mallarını satan her türlü gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. Wathelot kararında ABAD, satın alınan ürünlerin sahibi olduğuna yönelik tüketicide bir izlenim bırakarak karışıklığa neden olabilecek aracılardan da Yönerge kapsamında satıcı sayılması olasılığını

⁸⁶Daha fazla bilgi için bkz. Tom Billing, Vertragliche Strukturen, in: Peter Bräutigam/Daniel Rücker (edit.), E-Commerce, Münih 2017, s. 407.

⁸⁷AB Komisyonu, E-Ticarette KDV’ye İlişkin Açıklayıcı Not: 2017/2455 sayılı AB Konseyi Yönergesi, 2019/1995 sayılı AB Konseyi Yönergesi, 2019/2026 sayılı AB Konseyi Uygulama Tüzüğü, Çevrimiçi Erişim:

https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2020-12/vatecommerceexplanatory_28102020_en.pdf.

⁸⁸AB Parlamentosu ve Konseyi’nin 25 Mayıs 1999 tarihli, 1999/44/EC sayılı Tüketici Satışları ve Tüketim Mallarının Garantisine İlişkin Yönergesi, OJ L 171/12.

gündeme getirmiştir⁸⁹. ABAD, önce “satıcı” kavramının bir malın maliki olma ile objektif bir ilişkisinin bulunmadığına karar vermiştir⁹⁰. ABAD’a göre değerlendirmede dikkate alınması gereken, aracının tüketiciye söz konusu malın sahibi olmadığını usulüne uygun olarak bildirip bildirmemesi, satışın gerçekleşmesinde gösterdiği çaba ve malları tüketiciye nasıl sunduğudur. Zira, aracının davranışlarının tüketici gözünde aracının tedarikçi/satıcı adına hareket ettiği yönünde bir algı yaratıp yaratmadığı, çevrimiçi pazaryerlerinin satıcı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinde belirleyici rol oynar⁹¹.

Konuyla ilgili takip edebildiğimiz hukuk sistemlerdeki gelişmeler, ABAD’ın bu kararının pek de olağandışı olmadığını, yeni bir yönelimin başlangıç noktası sayılabileceğini göstermektedir. ABD mahkemeleri, çevrimiçi pazaryerlerinin satılan ürünlerin ayıbından sorumlu olmadığına dair yakın zamana kadar birçok karar vermiştir⁹². Üçüncü Bölge Temyiz Mahkemesi’nin 2019 tarihli Oberdorf v. Amazon kararı bu konuyla ilgili bir dönüm noktası olmuştur. Bu kararda Mahkeme, ABAD’ın Wathelet kararı ile paralel yönde bir hüküm kurmuştur⁹³. Temyiz Mahkemesi’nin salt hukuki açıklamalar yerine konuyu ekonomik yönden de inceleyerek verdiği karar, kısa sürede diğer mahkemeler için de referans noktası haline gelmiştir⁹⁴. Bu karara yol açan olaylar, Heather Oberdorf’un tedarikçi/satıcı The Furry Gang’ın Amazon.com üzerinden piyasaya sürdüğü köpek tasmasını satın almasıyla başlamıştır. Amazon, ürünün tasarım veya üretim sürecine katılmamış olduğu gibi, tedarikçi/satıcının doğrudan Oberdorf’a gönderdiği tasmanın sahibi de değildir. Köpeğini gezdirdiği sırada tasma yerinden fırlayarak beklenmedik bir şekilde Oberdorf’un gözlüğüne çarpmış

⁸⁹ABAD, Sabrina Wathelet v. Garage Bietheres & Fils SPRL, C-149/15, paragraf 41, EU:C:2016:840.

⁹⁰*Id.* Paragraf 34.

⁹¹*Id.* Paragraf 44.

⁹²Bkz. ör. Erie Ins. Co. v. Amazon.com, Inc., 925 F.3d 135 (4th Cir. 2019); Fox v. Amazon.com, Inc., 930 F.3d 415 (6th Cir. 2019); Carpenter v Amazon.com, Inc., 2019 WL 1259158, at *4-6 (N.D. Cal. March 19, 2019); Stiner v. Amazon.com, Inc., 120 NE3d 885 (Ohio Ct. App. 2019); Garber v. Amazon.com, Inc., 380 F. Supp. 3d 766 (N.D. Ill. 2019); Eberhart v. Amazon.com, Inc., 325 F. Supp. 3d 393, 398 (S.D.N.Y. 2018); Allstate New Jersey Insurance Compan v.Amazon.com, Inc., 2018 WL 3546197 (D.N.J., July 24, 2018); Fox v. Amazon.com, Inc., 2018 WL 2431628, at *8 (M.D. Tenn. May 30, 2018).

⁹³Bkz. Oberdorf kararı (dn 69).

⁹⁴Amzon’un ayıplı ürünlerden kusursuz sorumluluğuna ilişkin diğer kararlar için bkz. ör. State Farm Fire and Casualty Company v. Amazon.com, LLC., 390 F. Supp.3d 964 (W.D. Wis. 2019); Papataros v. Amazon.com, Inc., 2019 WL 4011502 (D.N.J., Aug. 26, 2019).

ve gözünde ciddi bir yaralanmaya sebep olmuştur. Oberdorf ve Amazon'un tedarikçi/satıcı The Furry Gang ile iletişime geçme ve yerini tespit etme çabaları sonuçsuz kalınca, Oberdorf Amazon'a karşı Federal Mahkeme'de tazminat davası açmıştır. Davada Oberdorf, çevrimiçi pazaryeri olan Amazon'un köpek tasmasının satımını ve dağıtımını kolaylaştırdığı ve bu işlemlere katıldığı için satıcı olarak kusursuz sorumluluğu bulunduğunu iddia etmiştir.

İlk derece mahkemesi, kusursuz sorumluluğun satıcılarla sınırlı olduğunu belirterek satıcı olarak değerlendirmedeği Amazon lehine hüküm kurmuştur⁹⁵. Mahkeme, Restatement (Second) of Torts paragraf 402A uyarınca Amazon'u satıcı olarak kabul etmemiştir. Ayrıca Mahkeme, kullanıcı içeriğine dayalı muafiyet sağlaması nedeniyle ABD İletişim Ahlakı Yasası paragraf 230'un Amazon'a karşı dava açılmasını ve bir sorumluluk iddiasında bulunulmasını engellediğine karar vermiştir⁹⁶.

Üçüncü Bölge Mahkemesi, 2'ye karşı 1 oyla ilk derece mahkemesinin bu kararını bozmuş ve Amazon'un satıcı olarak kabul edilip edilemeyeceğini 4 ayaklı bir test uygulayarak karara bağlamıştır. Bu test ile Mahkeme, (1) Amazon'un "zarar gören davacının tazmin için başvurabileceği tedarik zincirindeki tek muhatap" olup olmadığını; (2) Amazon'un kusursuz sorumlu olarak kabul edilmesinin piyasadaki ürünlerin güvenliğini artırıcı bir etkiye sahip olup olmadığını; (3) Amazon'un "ayıplı ürünlerin dolaşımını önlemek için zarar görenden daha iyi bir konumda" bulunup bulunmadığını; (4) Amazon'un ayıplı maldan doğan zararı tazmin için ödeyeceği tutarı genele yaymasının mümkün olup olmadığını ayrı ayrı incelemiştir⁹⁷.

Testin ilk unsuruyla ilgili olarak Mahkeme, Amazon'a kusursuz sorumluluk yüklenmesi yönünde iki argüman üretmiştir: (1) Alıcıların ve hatta Amazon'un, platformunda satış yapan tedarikçi/satıcılara ulaşmakta zorlanması ve (2) Amazon'un tedarikçi/satıcıların yasal gerekliliklere uygun hareket etmesini sağlamaya zorlamak için herhangi bir prosedür uygulamaması⁹⁸.

İkinci unsur değerlendirirken Mahkeme, Amazon'un piyasadaki ürün güvenliğini artırmak amacıyla aktif bir davranışta bulunma olasılığına odaklanmıştır. Mahkeme, her ne kadar platformunda satılan ürünler üzerinde doğrudan kontrolü olmasa dahi, Amazon'un tedarikçi/satıcılar ve

⁹⁵Bkz. Restatement (Second) of Torts § 402A, comment f (1965).

⁹⁶Oberdorf kararı (dn 69).

⁹⁷*Id.* s. 144-148.

⁹⁸*Id.* s. 144-145.

bunların ürünleri sunuş şekilleri üzerinde önemli bir kontrolü bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle Mahkeme, herhangi bir kusuru olmaksızın Amazon'u ayıplı ürünlerin zararlarından sorumlu tutmanın piyasadaki ürün güvenliğini artırmak için genel bir teşvik niteliğini taşıyacağına karar vermiştir⁹⁹.

Üçüncü unsurla ilgili olarak Mahkeme, Amazon'un (1) tedarikçi/satıcıların alıcılarla doğrudan iletişim kurma imkanını kısıtlaması, tedarikçi/satıcılara alıcı geri bildirimlerini takip etme imkanı tanımaması ve (2) ürünlere ilişkin geri bildirimleri ve raporları değerlendirerek ayıplı ürünlerin tedavüle konmasını önleyebilmesi, uyarıda bulunabilmesi ve ürünü toplama çağrısı yapabilmesinin mümkün olması karşısında Amazon'un ayıplı ürünlerin dolaşımını önlemek için zarar görenden daha iyi bir konumda bulunduğuna işaret etmiştir¹⁰⁰.

Son unsur ile ilgili olarak Mahkeme, Amazon'un internet sitesi üzerinden satılan ürünler için tedarikçi/satıcılardan daha yüksek komisyon bedeli tahsil ederek ayıptan doğan zararların tazmin maliyetini genele yayabileceğine karar vermiştir¹⁰¹. Doktrinde de böyle bir çözümün satılan mal ve hizmetlerin fiyatını arttıracığı ve ödenen tazminatın bu şekilde tüm alıcılara paylaştırılmış olacağı belirtilmiştir.¹⁰² Nihayet Mahkeme, Amazon'un Restatement (Second) of Torts paragraf 402A kapsamında satıcı olarak kabul edilebileceği ve bu sıfatla kendisine kusursuz sorumluluk isnat edilebileceği sonucuna varmıştır¹⁰³.

Bu karardan iki önemli sonuç çıkmaktadır: Öngörülen yeni hukuki prensipler ile (1) milletlerarası mesafeli satımlarda yetersiz olan yaptırımlar ve koruma yerini efektif çözümlere bırakmaya başlamış; (2) tedarikçi/satıcıların piyasaya güvenli olmayan ürünler sunmasını önlemek için çevrimiçi pazaryerlerinin iş modellerini gözden geçirmesi sağlanmıştır.

Avrupa ülkelerinde siyasi ve akademik tartışmaların belirli bir ölçüde yukarıdaki kararda varılan sonuçlarla paralellik taşıması, bu ülkelerde de daha güvenilir bir çevrimiçi alışveriş ortamı oluşturmaya yönelik benzer

⁹⁹*Id.* s. 145-146.

¹⁰⁰*Id.* s. 146-147.

¹⁰¹*Id.* s. 147.

¹⁰²Bkz. Ronald J. Mann/Seth R. Belzley, *The Promise of Internet Intermediary Liability*, *William & Mary Law Review* 2005, s. 265.

¹⁰³Bkz. Oberdorf kararı (dn 69), s. 153-154. Mahkeme'nin bu kararını eleştiren, özellikle Amazon'un satıcı olarak değerlendirilip ayıptan kusursuz olarak sorumlu tutulmasının hukuki dayanağı bulunmadığını savunan bir yazı için bkz. Thomas Rickettson, *Blinded by the Leash: Strict Products Liability in the Age of Amazon*, *Penn State Law Review* 2020, s. 344 vd.

gelişmelerin yaşanacağına göstergesi olarak kabul edilebilir.¹⁰⁴ Avrupa Hukuk Enstitüsü (“*European Law Institute*”), Çevrimiçi Platformlara İlişkin ELI Model Kuralları’nda, çevrimiçi pazaryerlerinin hukuki sorumluluğunun temeli olarak ABD’de Üçüncü Bölge Mahkemesi’nin de kullandığı “ağırlıklı etki” ölçütünün esas alınmasını önermektedir¹⁰⁵.

Ağırlıklı etki ölçütü şu şekilde açıklanabilir. Büyük çevrimiçi pazaryerleri kendi sözleşme hüküm ve koşullarını dayatmakta, çoğu zaman bunların değiştirilmesi hakkını saklı tutmakta, ürün listelemelerine erişimi askıya alabilmekte, kaldırabilmekte veya devre dışı bırakabilmekte, geri bildirimler için alıcılar ile kendi aralarında iletişim kanalları oluşturabilmekte, platforma sadakati teşvik edici iş modelleri geliştirmekte, siparişleri işleyip faturalar oluşturmakta ve her satıştan komisyon almaktadır¹⁰⁶. ABAD’ın Wathelet kararında hükmettiği üzere¹⁰⁷, kullandıkları iş modeli uyarınca bazı çevrimiçi pazaryerlerinin satışa bu şekilde aktif katılımı ve sözleşmenin kurulması için harcadığı çaba, onların satıcı olarak nitelendirilmesini haklı kılar. Ayrıca, çevrimiçi pazaryerlerine

¹⁰⁴Ör. bkz. Christoph Busch, Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective, European Legal Studies Institute Osnabrück Research Paper Series No. 21-01, Osnabrück 2021, s. 39. Çevrimiçi Erişim: https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/fileadmin/LS_Busch/Research_Papers/ELSI_Osnabrueck_Research_Paper_No_21-01.pdf.

¹⁰⁵Avrupa’daki hukukçu akademisyenler ağı, 2016 yılında, “Çevrimiçi Aracı Platformlar Hakkında Taslak Yönerge” adlı bir çalışma yayımlayarak, alıcıların, tedarikçi üzerinde baskın bir etkiye sahip olan platform işletmecisine makul derecede güven duyması halinde, platform işletmecisinin tedarikçi/satıcı-alıcı arasındaki sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı tedarikçiyle birlikte sorumlu olmalarına yönelik bir düzenleme getirilmesi önerisinde bulunmuşlardır. Tasarı Taslağının Oberdorf kararından temel farkı, çevrimiçi pazaryerlerini satıcı olarak sınıflandırmadan sorumluluk tesis etme yönündedir. Tasarı Taslağı için bkz. Christoph Busch/Gerhard Dannemann/Hans Schulte-Nölke/Aneta Wiewiórowska-Domagalska/Fryderyk Zoll, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, Journal of European Consumer and Market Law (EuCML), s. 168. Taslak Tasarı, 2019 yılında Avrupa Hukuk Enstitüsü (ELI) tarafından yayımlanmış Çevrimiçi Platformlara İlişkin İlke Kurallar içerisinde entegre edilmiştir. Bkz. ELI, Model Rules on Online Platforms, Report of the European Law Institute, Vienna 2019, madde 20. Çevrimiçi Erişim:

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf.

¹⁰⁶Avrupa Parlamentosu, Çevrimiçi Pazaryerlerinin Sorumluluğu, Brüksel 2021, s. 68. Çevrimiçi Erişim: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU\(2021\)656318_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf).

¹⁰⁷Bkz. Wathelet kararı (dn 89), paragraf 44. *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

tedarikçi/satıcıları ve ürünlerini inceleme yükümlülüğü getirilmesi, Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe giren yeni 2019/1020 sayılı Piyasa Gözetimi ve Ürünlerin Uygunluğu Tüzüğü'nün amacına da uygun düşer¹⁰⁸.

Türk hukuku yönünden iki yönlü bir inceleme yapılmalıdır. Alıcının tüketici olduğu durumda, aktif aracı hizmet sağlayıcıların TKHK kapsamında satıcı olarak kabul edilmesinin önünde bir engel yoktur. Satıcı, TKHK madde 3 fıkra 1-i ile oldukça kapsamlı bir şekilde “kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkıldığında, piyasaya mal sunan kişinin adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler de satıcı olarak nitelendirilmektedir. Nitekim çevrimiçi pazaryerlerinin tedarikçi/satıcılar ile akdettikleri sözleşmelerde mal bedelinin tedarikçi/satıcı adına çevrimiçi pazaryeri tarafından tahsil edileceği ve belirli bir süre içinde tedarikçi/satıcıya ödeneceği düzenlemesine yer verilmektedir¹⁰⁹. Şu halde, çevrimiçi pazaryerleri TKHK madde 3 fıkra 1-i uyarınca satıcı olarak değerlendirilir ve tedarikçi/satıcıların piyasa sürdüğü ayıplı mallardan bu sıfatla sorumlu olur.

Yargıtay'ın “Çiçeksepeti” kararında TKHK'daki satıcı tanımına yer verildiği halde, oldukça ilginç bir şekilde bu maddeye hiçbir hukuki sonuç bağlanmamıştır¹¹⁰. Alıcının Çiçeksepeti ismine duyduğu güvenle alışveriş yaptığı ve malın tedarikçi/satıcısına rücu edebileceği gerekçesiyle Çiçeksepeti'ni sorumlu tutan Bakırköy 5. Tüketici Mahkemesi kararını bozduğu halde Yargıtay'ın kararında bu hususları tamamen değerlendirme dışı tutmuş olmasını anlamak güçtür. Aslında, Çiçeksepeti'nin aktif veya pasif aracı olup olmadığının tespiti ve aktif olduğu sonucuna varıldığı durumda TKHK kapsamında satıcı olarak kabulünün incelenmesi gerekirdi. Bu yapılmadığı için, alıcıların zararlarını tazmin ettirmek için kullanabilecekleri önemli bir hukuki dayanak hiçe sayılmış oldu. Çiçeksepeti'ne sorumluluk yüklenmesi noktasında bu incelemenin yapılmamış olması önemli bir eksikliklerdir. Alıcılar ile yapılan sözleşmelerde

¹⁰⁸ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 20 Haziran 2019 tarihli ve 2019/1020 sayılı Piyasa Gözetimi ve Ürünlerin Uygunluğu Tüzüğü, OJ L 169.

¹⁰⁹ Bkz. Satıcı İş Ortaklığı ve İlan Sözleşmesi madde 4.12. Çevrimiçi Erişim: https://img-trendyol.mncdn.com/Assets//trendyol_sozlesme_2020.pdf, Amazon Services İş Çözümleri Sözleşmesi Madde S-5. Çevrimiçi Erişim: https://sellercentral.amazon.com.tr/gp/help/external/201190440?language=en-US&ref=efph_201190440_cont_201361070.

¹¹⁰ Yargıtay 3. H.D. E.2021/4000 K.2021/11403 T.15.11.2021(Lexpera).

mal bedelinin tedarikçi/satıcı adına tahsil edileceği ve daha sonra ödeme yapılacağı düzenlemesine yer verildiği göz önüne alındığında¹¹¹, Çiçeksepeti gibi salt aracılık faaliyetinin ötesine geçecek şekilde aktif hareket eden temel hizmet sağlayıcıların TKHK madde 3 fıkra 1-i uyarınca satıcı sayılabilmesi ve ayıplı maldan doğan zararlardan sorumlu tutulması yerinde olur.

Alıcının tüketici olmaması durumunda da aktif aracı hizmet sağlayıcıların satıcı olarak kabul edilmesi mümkündür. Mesleki veya ticari amaçla hareket eden kişiler de bir sözleşme yaparken aracı yerine satıcı ile karşı karşıya olduğunu düşünebilir. Ör. hakkında bilgi sahibi olmadığı, kendisiyle aynı iş kolunda faaliyet göstermeyen bir aracı hizmet sağlayıcının platformundan mal satın alan kişi de aracının tedarikçi/satıcı adına veya satıcı gibi hareket ettiğini düşündürtecek olguların varlığını ispat edebilir. Bir kimsenin davranışı ile esaslı bir güven uyandırdıktan sonra artık bu davranışına ve uyandırdığı güvene aykırı, onunla çelişkili tutum takınması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

Somut olayda bir e-ticaret platformunun faaliyetlerinin dürüst ve makul bir alıcıda satıcı algısı yarattığı ve haklı güven uyandırdığı bir halde, platformu kullanan çevrimiçi pazaryerinin artık satıcı olarak nitelendirilip bu sıfatla sorumlu tutulması gerekir. Aslında ABAD'ın Wathet kararının da temelinde güven ilkesinin yer aldığı düşünüldüğünde, Türk mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu kararda yer verilen ölçütleri uygulaması, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") madde 2 bakımından yerinde olur. Zira, çevrimiçi platform üzerinde aracının beyan ettiği hususlar güven ilkesi uyarınca yorumlanırken, muhatap alıcının bu beyanları somut olayın şartları içinde dürüst bir şekilde nasıl algılayabileceği üzerinde durulur¹¹². Rekabet Kurumu'nun e-ticaret platformları ile satıcı kimliğinin alıcılar gözündeki ayrımını ortaya koymak için yapmış olduğu bir ankette, Türkiye'deki alıcıların %50'si e-ticaret platformlarının kimliğinin satıcılardan daha önemli olduğunu, %13,5'i ise tamamen e-ticaret platformuna güvenerek internet sitesi üzerinden alışveriş yaptığını belirtmiştir.¹¹³ Anılan istatistik, satıcı olarak ya da satıcı adına

¹¹¹<https://www.ciceksepeti.com/ciceksepeti-uyelik-sozlesmesi>.

¹¹²İrade beyanlarının yorumunda esas alınacak kurallar için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2021, s. 159 vd.

¹¹³Bkz. Rekabet Kurumu'nun Nisan 2021 tarihli E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu, s. 83 vd. Çevrimiçi Erişim: https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-on-rapor-teslim-tsi_son-pdf.

hareket eden e-ticaret platformlarının güvene dayalı sorumluluğunun tespitinin önemini ortaya koymaktadır.

B. Çevrimiçi Pazaryerlerinin Üretici Olarak Sorumluluğu

Avrupa’da, çevrimiçi pazaryerlerinin tedarikçi/satıcıların piyasaya sürdüğü ürünler nedeniyle sorumluluğunu üreticinin sorumluluğuna dayandıran bir karar mevcut değildir. Bununla birlikte, ürün sorumluluğunun kapsamı genişletilebilir ve sorumluluk çevrimiçi pazaryerlerine de uygulanabilir. Buradaki soru, çevrimiçi pazaryerlerinin sınırlı bir gruba, başka bir ifadeyle ürüne adını, markasını ya da diğer ayırt edici özelliklerini koyarak kendilerini üretici olarak nitelendiren kişiler arasına dahil edilip edilemeyeceğidir. Kaynağı AB hukuku düzenlemelerine dayanan veya bu düzenlemelerden etkilenen hukuk sistemlerinde üretici¹¹⁴, nihai ürünü imal eden, hammadde veya bir bütünleyici parçayı üreten ve ürüne adını, markasını ya da diğer ayırt edici özelliklerini koyarak kendisini üretici olarak tanıtan kişidir¹¹⁵. Bu tanıma ek olarak, ürünü ithal eden kişinin¹¹⁶ veya asıl üreticinin tespit edilememesi durumunda mesleki olarak bu ürünün tedarikçisini yapan kişinin sorumluluğu da gündeme gelebilir. Ayıplı ürünün üreticisinin tespit edilemediği durumlarda, zarara uğrayan kişiye makul bir süre içerisinde üreticinin ya da kendisine ürünü tedarik eden kişinin bilgilerini bildirmeyen tedarikçi de üretici sayılır¹¹⁷.

Hazırlamış olduğu Yeşil Kitap’ta AB Komisyonu, üretici tanımının genişletilmesini, faaliyetleri ile piyasaya arz edilen bir ürünün güvenliğini etkileyen üretim-tedarik zincirindeki herkesin üretici olarak tanımlanmasını ve kusursuz sorumluluk rejimine göre sorumlu tutulmasını önermiştir¹¹⁸. Yeşil Kitap’a rağmen üye devletlerin “üretici” kavramını dar kalıplara hapsedmekte ısrarcı olması, AB Komisyonu’nu başka çözümler aramaya yönlendirmiştir. Özellikle ürün sorumluluğu düzenlemelerini değiştiren ekonomik modellere uygulamadaki zorluk karşısında AB Komisyonu,

¹¹⁴AB Ürün Sorumluluğu Yönergesi’nde yer alan rejim, Doğu Avrupa, Uzak Doğu ve Latin Amerika’da bulunan birçok ülkenin ürün sorumluluğu düzenlemesini etkilemiştir. Bu konuda bkz. Mathias Reimann, *Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard?*, *American Journal of Comparative Law* 2003, s. 761.

¹¹⁵Bkz. 85/374/EEC sayılı, 25 Temmuz 1985 tarihli, Üye Devletlerin Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Kanun, İkincil Düzenleme ve İdari Kuralların Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Yönergesi, OJ L 210, madde 3 paragraf 1.

¹¹⁶*Id.* Madde 3 paragraf 2.

¹¹⁷*Id.* Madde 3 paragraf 3.

¹¹⁸AB Komisyonu, Yeşil Kitap: Ayıplı Ürünlerden Sorumluluk, COM (1999) 396 final, s. 30.

birçok büyük ölçekli çevrimiçi pazaryerini Ürün Güvenliği Taahhüdü'nü imzalamaya ve bağlayıcı olmayan bu taahhüde uymaya davet etmiştir¹¹⁹. Taahhüt ile, normalde üretici/imalatçılara düşen piyasa gözetimi yoluyla ayıplı ürünleri tespit etme yükünü çevrimiçi pazaryerlerine de teşmil amaçlanmıştır¹²⁰. Ürün Güvenliği Taahhüdü'ndeki gönüllülük esasına bağlı olan bazı önlemler, 2001/95/EC sayılı AB Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'ni¹²¹ ilga eden 30 Haziran 2021 tarihli Ürün Güvenliği Hakkındaki Tüzük Teklifi'nin yasallaşmasıyla ile zorunlu hale gelmiştir¹²².

Bununla birlikte biz, piyasadaki ayıplı ürünlerin sayısını azaltmaya yönelik çözümler ihtiva eden ve fakat bağlayıcı olmayan bu ilke ve düzenlemelerin, çevrimiçi alışveriş kavramı dikkate alınmaksızın hazırlanmış ürün sorumluluğu rejimlerindeki yasal boşluğu doldurmaya uygun olmadığını düşünüyoruz.

Çevrimiçi pazaryerlerinin sorumluluğuna ilişkin rejimler, Avrupa hukukuna göre teknolojiye adaptasyon kabiliyeti yüksek olan ABD hukukunda daha hızlı gelişmektedir. Özellikle Kaliforniya Temyiz Mahkemesi'nin Bolger v. Amazon davasındaki Ağustos 2020 tarihli kararı, e-ticaretin yeniden şekillenmesini sağlayacak ölçüde önemli çıkarımlara sahiptir¹²³. Amazon Prime üyesi olan Angela Bolger, tedarikçi/satıcı Lenoge'un Amazon platformu üzerinden piyasaya sürmüş olduğu dizüstü bilgisayar pillerinden sipariş etmiştir. Lenoge, depolama için öncelikle ürünü Amazon'un lojistik merkezine göndermiş, ardından Amazon kendi ambalajıyla paketlediği ürünü Bolger'e göndermiştir. Birkaç ay sonra bilgisayarın pili patlayarak Bolger'in ciddi şekilde yanmasına neden olmuştur. Bunun üzerine Bolger, uğradığı bedensel zararlar için Amazon ve Lenoge aleyhine üretici olarak kusursuz sorumluluk rejimine tabi bulduklarını ileri sürerek tazminat davası açmıştır¹²⁴.

Görüldüğü üzere, Oberdorf v. Amazon ile Bolger v. Amazon davalarına konu olaylar ve şartlar farklılık göstermektedir¹²⁵. Oberdorf v. Amazon

¹¹⁹Çevrimiçi Ortamda Satılan Ürünlerin Piyasa Gözetimine İlişkin Komisyon Duyurusu, OJ C 250.

¹²⁰*Id.* s. 2. Doktrinde konuyla ilgili bkz. Joachim Geiß/Sebastian Felz, Das neue Recht der Marktüberwachung im digitalen Zeitalter, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, s. 2961 vd.

¹²¹AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 2001/95/EC sayılı, 3 Aralık 2001 Tarihli Genel Ürün Güvenliği Yönergesi, OJ L 11.

¹²²Bkz. Ürün Güvenliği Hakkında Tüzük Teklifi (dn 9).

¹²³Bolger v. Amazon.com, LLC, 53 Cal.App.5th 431 (2020).

¹²⁴*Id.* s. 437.

¹²⁵Bkz. Oberdorf kararı (dn 69).

davasına konu olaydaki aksine Amazon, Bolger v. Amazon davasına konu olaydaki pazarlama sürecinde daha aktif bir rol üstlenmiştir. Bolger v. Amazon davasında Amazon, tedarikçi/satıcı Lenoge'un ürünü doğrudan alıcıya göndermesine izin vermeyerek "Amazon tarafından yerine getirildi (FBA)" sözleşmesi doğrultusunda alıcı ile tüm iletişimi yönetmiştir.

İlk derece mahkemesi, Amazon'un ayıplı pilin üreticisi, dağıtıcısı veya satıcısı olmadığını belirterek Amazon lehine karar vermiştir¹²⁶. Mahkeme, huzurda bulunmaması sebebiyle Lenoge'un sorumluluğuna gıyabında karar vermiştir¹²⁷. Kaliforniya Temyiz Mahkemesi ise kararı bozarak pilin patlamasından kaynaklanan zarardan Amazon'u da sorumlu tutmuştur. Mahkeme, öncelikle ABD İletişim Ahlakı Yasası madde 230'u uygulamayı reddetmiş ve Bolger'in kusursuz sorumluluk iddialarının tedarikçi/satıcının platformda belirttiği içerikle bir ilgisinin olmadığını hükme bağlamıştır. Mahkeme'ye göre uyumsuzluk konusu, ayıplı olduğu ileri sürülen bir ürünün Amazon tarafından dağıtımıyla ilgilidir¹²⁸. Mahkeme, ürünün satıcısı olmasa da tedarikçi/satıcı ile alıcı arasında aracılık yaparak Amazon'un ayıplı ürünün dağıtım zincirine aktif olarak dahil olduğunu ve bundan finansal bir yarar sağladığını vurgulamıştır¹²⁹. Kararda, Amazon'un ayıplı pilin pazarlama sürecini kontrol etmesinin ve bu sürecin planlamasına dahil olmasının söz konusu kazanın gerçekleşmesinde rol oynadığı belirtilmiştir¹³⁰.

Karardan çıkarılacak önemli sonuçlardan birini şu şekilde ifade etmek mümkündür:

"Amazon kendisini dava konusu ürünün dağıtım zincirinde fiilen ve hukuken tedarikçi/satıcı ve Bolger arasında konumlandırmıştır. Amazon ürünü tedarikçi/satıcıdan alarak kendi deposunda saklamış, Bolger'in kendi platformuna yönelmesini sağlamış, tedarikçi/satıcının ürünü için ürün listesini bu platformda yayınlamış, ödemeyi tahsil etmiş ve ürünü alıcıya kendi ambalajı ile göndermiştir. Amazon, tedarikçi/satıcı ile arasındaki hukuki ilişkinin şartlarını ve platformdaki teklif koşullarını bizzat kontrol etmiş, tedarikçi/satıcının alıcıya ilişkin bilgilere erişimini sınırlamış, tedarikçi/satıcı ile alıcının kendi platformu üzerinden iletişim kurmasını zorunlu kılmış ve her satım işlemi için ayrı ücret talep etmiştir [...]"

¹²⁶Bolger kararı (dn 123).

¹²⁷*Id.* s. 437.

¹²⁸*Id.* s. 455.

¹²⁹*Id.* s. 451-452.

¹³⁰Amazon'un işlemler üzerindeki kontrolü için bkz. Edward J. Janger/Aaron D. Twerski (dn 4), s. 264 vd.

Amazon'un rolünü tanımlamak için perakendeci, distribütör ya da salt aracı gibi hangi kavram kullanılmış olursa olsun¹³¹, söz konusu ürün üretim ve pazarlama faaliyetinin bir parçası haline gelmiş bulunduğundan, Amazon ayıplı üründen doğan zararı tazmin etmelidir¹³².”

Ulaştığı bu sonucu gerekçelendirirken Mahkeme, ilk olarak, tedarikçi/satıcı Lenoge'un yurtdışında yerleşik olmasının ona karşı alınan bir kararın icrasını son derece zorlaştıracağını belirtmiştir, Mahkeme'ye göre bu durum, tazminat talepleri bakımından Amazon'u dağıtım zincirindeki tek uygun teşebbüs haline getirmektedir¹³³. Mahkeme ikinci olarak, tedarikçi/satıcılar üzerinde baskı uygulayarak, onlar tarafından platformu aracılığıyla piyasaya sürülen ürünlerin güvenliğini sağlamada Amazon'un önemli bir rol oynayabileceğine vurgu yapmıştır. Üçüncü olarak Mahkeme, tedarikçi/satıcıların sorumluluğunun kusura dayandırılmamasının piyasadaki ürünlerin güvenliği için ek bir teşvik teşkil edeceğini belirtmiştir¹³⁴. Son olarak Mahkeme, platformu üzerinden alıcılara ulaşan ayıplı ürünlerin kullanılmasından doğan zararları tazmin için ödeyeceği tutarlar bakımından Amazon'un bu fazladan gideri tüm alıcılara yayma olanağı bulunduğunu vurgulamıştır¹³⁵. Nitekim tedarikçi/satıcılar, Amazon'un (1) alıcılara tazminat ödemesi durumunda kendilerine rücu etme ve (2) satılan ürünle ilgili bir uyuşmazlık veya talep olması durumunda kendilerine yapılacak ödemeleri geciktirme ve hatta durdurma hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir¹³⁶.

Bolger v. Amazon kararı, çevrimiçi pazaryerlerinin tedarikçi/satıcıların piyasaya sürdüğü ürünlerden sorumluluğu bulunmadığına dair içtihadın terk edilmesinde mihenk taşı olmuştur¹³⁷. Zira Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, Bolger kararındaki benzer sonuçları olan Nisan 2021 tarihli Loomis v. Amazon davasında Amazon'u benzer nedenlerle bir kez daha sorumlu

¹³¹Bolger v. Amazon.com, LLC, 53 Cal.App.5th 431 (2020).

¹³²Id. s. 453, Vandermark v. Ford Motor Co. (1964) 61 Cal.2d 256, 262'dan alıntı.

¹³³Id. s. 453.

¹³⁴Id. s. 454, Vandermark kararı (dn 132), s. 262.

¹³⁵Id. s. 454-455, Vandermark kararı (dn 132), s. 263.

¹³⁶Id. s. 455.

¹³⁷ABD'deki bazı mahkemeler ürün güvenliği düzenlemelerini sadece ürünü satan kişiler ile aynı pozisyonda olan tedarikçilere uygulamaktadırlar. Bkz. ör. New Texas Auto Auction Services, L.P. v. Gomez de Hernandez, 249 S.W.3d 400 (Tex. 2008), McKisson v. Sales Affiliates Inc., 416 S.W.2d 787 (Tex. 1967)'dan alıntı. New Texas Auto Auction davasında Texas Yüksek Mahkemesi, ürün sorumluluğu düzenlemelerinin ürünleri tedarik zincirine sunanların sorumluluğunu gerektirdiğini belirtmiş, ancak zincire katkı sağlayan herkesin aynı şekilde sorumlu olmadığına karar vermiştir.

tutmuştur¹³⁸. Bu uyuşmazlıkta Amazon, Çin'deki bir tedarikçi/satıcı tarafından piyasaya sürülmüş olan ayıplı elektrikli kaykayın kullanımı sırasında meydana gelen yangın sonucu ortaya çıkan zararları tazmine mahkum edilmiştir¹³⁹. Bu kararların ardından, 10 Ağustos 2021'de Amazon, platformu üzerinden satılan ayıplı ürünlerin verdiği zararları kısmen karşılayacağını açıklamıştır¹⁴⁰. Açıklamaya göre, ABD'deki alıcılar 1 Eylül 2021'den itibaren ayıplı ürünlerle ilgili olarak doğrudan Amazon ile iletişime geçebilecek, bunun üzerine Amazon ilgili tedarikçi/satıcıyı bilgilendirecektir. Tedarikçi/satıcı alıcıya yanıt vermezse veya alıcının talebini reddederse, Amazon alıcının zararını 1.000 Amerikan dolarına kadar tazmin edecektir¹⁴¹.

Yukarıda tartıştığımız yakın tarihli kararların zarar gören davacıların tazmin sürecinde daha aktif bir rol alması için Amazon'u teşvik ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, ayıplı ürünlerin yol açtığı zararlardan doğan davalarda talep çoğu zaman 1.000 Amerikan dolarını aştığından, Amazon'un aldığı yeni kararın mevcut soruna kesin bir çözüm getirdiği söylenemez.

Bir mal veya ürünün ayıplı olmasından dolayı tazminat sorumluluğu Türk hukukunda zarar görenin tüketici sıfatına sahip olup olmamasına veya mesleki ya da ticari bir amaçla hareket edip etmemesine göre Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik ("Ayıplı Mal Yönetmeliği")¹⁴² ve 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ("ÜGTDK") kapsamında değerlendirilir.

Ayıplı Mal Yönetmeliği'ne göre imalatçı/üretici, "tüketiciye sunulan malları veya bu malların hammaddelerini veya ara mallarını üreten ile mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunan ya da satışa sunmak amacıyla ithal eden" kişidir¹⁴³. Bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan bir malın bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya başka bir malın hasar görmesine sebep olması durumunda, ayıbın meydana gelmesinde kusuru aranmaksızın imalatçı/üreticinin zarar gören tüketicilere karşı sorumluluğu

¹³⁸Loomis v. Amazon.com LLC, 63 Cal.App.5th 466 (2021).

¹³⁹*Id.*

¹⁴⁰Amazon'un açıklaması için bkz. <https://www.aboutamazon.com/news/how-amazon-works/new-a-to-z-guarantee-better-protects-amazon-customers-and-sellers>.

¹⁴¹*Id.*

¹⁴²13.06.2003 tarih 25137 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik.

¹⁴³Ayıplı Mal Yönetmeliği madde 4/d.

söz konusu olur¹⁴⁴. Bununla birlikte, imalatçı/üreticinin sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin ayıp ve zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir¹⁴⁵. Bu şartların gerçekleşmesi halinde, tedarikçi/satıcıdan teslim aldıkları ürünün üzerine kendi ayırt edici işaretlerini (ör. kendi logolarını veya isimlerini) koyarak alıcıya kargoladıkları tespit edilen çevrimiçi platformlar, imalatçı/üretici sayılarak ayıptan sorumlu tutulmalıdır.

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a dayanması nedeniyle Ayıplı Mal Yönetmeliği'nin kadük kaldığı - biz bu görüşe katılmasak da - iddia edilebilir. Muhtemelen bundan dolayı aslında üreticilerinin tabi olduğu idari hususları düzenlenmesi gereken ÜGTDK ile üreticinin hukuki sorumluluğuna ilişkin bazı hükümler de getirilmekte, ancak sorumluluğa ilişkin bu hükümler ne ÜGTDK'nın kendi sistematığı ne de ÜGTDK'nın mehazı olan 3 Aralık 2001 tarihli AB Ürün Güvenliği Yönergesi'yle uyumlu olmadığı için ÜGTDK üzerinde bir yama gibi sırtıtmaktadır¹⁴⁶. Oysa hukuki sorumluluklar ayrı, idari nitelikli tedbir ve yaptırımlar ayrı şeylerdir ve bunlar normalde ayrı düzenlemelerin konusunu

¹⁴⁴Üreticinin sorumluluğunun konusunu güvenlik beklentisinin boşa çıkması oluşturmaktadır ve buradaki güvenlik beklentisi objektif olarak değerlendirilir. Türk uygulamasında bu yönde bkz. Yargıtay 11. H.D. E.1979/3398, K.1979/4053 T.20.9.1979, Yargıtay HGK. E.2002/4-114 K.2002/84 T.13.02.2002 (Legalbank). İsviçre uygulamasında bkz. BGE 133 III 81, c. 3.1 ve orada yapılan atıflar: Erdem Büyüksağış, La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits: analyse économique et comparative, Zürih 2005, s. 248-250; Walter Fellmann, Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand et al., Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR (Basler Kommentar), Basel 2003, N. 2 ad art. 4 LRFP, N. 15 ad art. 4 LRFP; N. 27 ad art. 4 LRFP; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürih 2003-2005, N. 1190, s. 266/267, N. 1192, s. 267, N. 1194 et N. 1195, s. 267/268, N. 1199, s. 268; Andreas E. Borsari, Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz, Zürih 1998, s. 110-139; Hans-Joachim Hess, Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz, (PrHG), Bern 1996, N. 4 ad art. 4 LRFP, s. 240, N. 7 ss ad art. 4 LRFP, s. 241 vd., N. 66-68, s. 265-266; Walter Fellmann/Gabrielle Von Büren-Von Moos, Grundriss der Produkthaftpflicht, Bern 1993, N. 182/183, s. 75, N. 185, s. 76, N. 207, s. 82, N. 240-245, s. 91/92, N. 247, s. 93; N. 248, s. 93/94, N. 257 à 264, s. 96-98; Franz Werro, La responsabilité civile, Bern 2011, N. 749 ve 762.

¹⁴⁵Ayıplı Mal Yönetmeliği madde 6 fıkra 2.

¹⁴⁶AB hukukunda, ürün sorumluluğu ve ürün güvenliği 85/374/EEC sayılı, 25 Temmuz 1985 tarihli, Üye Devletlerin Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Kanun, İkincil Düzenleme ve İdari Kuralların Uyumlaştırılması Hakkındaki Konsey Yönergesi, OJ L 210 ve AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 2001/95/EC sayılı, 3 Aralık 2001 tarihli Genel Ürün Güvenliği Yönergesi, OJ L 11 ile iki ayrı şekilde düzenlenmiştir.

oluştururlar¹⁴⁷. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yürürlükten kalkması sonucu Ayıplı Mal Yönetmeliği'nin de yürürlükten kalktığına iddia edilmesi, konuya salt pozitivist bakışla yaklaşılmasının bir yansıması olur ve pratik açıdan bazı problemleri beraberinde getirir.¹⁴⁸

Öncelikle, Ayıplı Mal Yönetmeliği ile getirilen sorumluluğun süjesi, yerinde bir şekilde, "mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları" da kapsamakta ve zarar gören kişinin tazminat talebini yönlendirebileceği bir muhatap bulmasını gerçekten kolaylaştırmaktadır. ÜGTDK ise, dağıtıcıların sorumluluğunu ikincil bir sorumluluk olarak düzenlemektedir.¹⁴⁹ Bu durum uygulamada mağduriyetlere sebep olur. İlk bakışta, ÜGTDK kapsamında aktif aracı hizmet sağlayıcıların dağıtıcı olarak kabul edilerek ayıplı ürünlerden doğan zararlardan sorumlu tutulabileceği söylenebilir. Dağıtıcı, ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran, imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişidir¹⁵⁰. Özellikle ürünleri kendi deposunda saklayan, alıcıya gönderimini sağlayan e-ticaret platformları dağıtıcı olarak kabul edilebilir. Ancak, diğer yandan, imalatçının, yetkili temsilcinin veya tedarik zincirinde yer alan diğer iktisadi işletmelerin isim ve irtibat bilgilerini zarara uğrayan kişiye talebin kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde bildirirse, dağıtıcı zarardan sorumlu tutulmaz. Dağıtıcıların ÜGTDK'nın bu düzenlemesi karşısında sorumluluktan kurtulması son derece kolaylaştırılmıştır. Tedarik zincirindeki iktisadi işletmelerden herhangi birinin isim ve irtibat bilgilerinin ilgili aracı hizmet sağlayıcı tarafından tespit edilip zarar gören ile paylaşılması aracı hizmet sağlayıcının sorumluluktan kurtulmasını sağlarken, iş yeri yurt dışında bulunduğu için imalatçıya ulaşamayan zarar görenin kendisinden kaynaklanmayan bir zarara katlanmasına neden olur.

¹⁴⁷Ürün güvenliği hakkındaki düzenlemeleri ayıplı ürünlerden doğan sorumluluğu tanımlayan düzenlemelerle karşılaştıran bir çalışma için bkz. Erdem Büyüksagis, La relativité de la sécurité du produit: différentes circonstances, différents défauts, différents régimes de responsabilité, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR/RDS), 2010, s. 29 vd.

¹⁴⁸Kaldı ki, TKHK geçici madde 1 fıkra 3'e göre TKHK'da öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, TKHK ile yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkartılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, TKHK'ya aykırı olmadıkça uygulanması mümkündür.

¹⁴⁹Bkz. Erhan Kanışlı, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu, İstanbul Hukuk Mecmuası 2020, s. 1424.

¹⁵⁰ÜGTDK madde 3 fıkra 1-ç.

Ne sistematik olarak sağlam bir zemin oluşturabilen ne de sorumluluk konusunda tutarlı bir yaklaşım ortaya koyabilen ÜGTDK, bunlara ek olarak, sorumluluğun kurucu unsurunu dar bir kamu hukuku penceresinden “ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama[sıyla]” sınırlandırmıştır. Hukuk tekniği ve mantığı bakımından anlaşılması zor bu tanıma göre ayıp, sadece teknik düzenlemelere uygunluk kıstası esas alınarak değerlendirilmektedir. Oysa bu ayıp tanımı sadece tasarım ayıbını kapsamakta, bunun dışında kalan ayıpları dışlamaktadır. Teknik düzenlemelere uygun tasarıma sahip olsalar da, bazı ürünler fabrikasyon esnasında meydana gelen hatalar, uyumsuzluklar, komplikasyonlar nedeniyle ayıplı hale gelebilir ve bu nedenle kullanıcılara zarar verebilir. En iyi fabrikasyon koşullarında (“altı sigma” modelinde) üretilseler bile, teknik düzenlemelere uygun tasarlanmış ürünlerin tamamının üretim bandını ayıpsız bir şekilde terk etmesi söz konusu olmaz. Dünyadaki düzenlemeler bu tip fabrikasyon ayıpları için üreticinin kusursuz olarak sorumlu tutulmasını öngörürken, ÜGTDK’da bunun dikkate alınmamış olması ve bu konuda boşluk bırakılmış olması kayda değer bir eksiktir¹⁵¹.

ÜGTDK ile ilgili bir başka temel problem şudur: bir ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmaması, onu otomatik olarak ayıplı kılmaz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de kabul ettiği üzere üretici, ürünün kullanımı esnasında meydana gelen bir zarar nedeniyle açılan tazminat davasında, ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmamasına rağmen ürünün ayıplı olmadığını ve zararın örneğin uygun olmayan kullanım sonucu meydana geldiğini ispat edebilmelidir¹⁵². Bir ürün, o konuda öngörülmüş teknik

¹⁵¹ Ayıp kavramı, ayıp türleri ve bunlar için öngörülen farklı sorumluluk ölçütleri için bkz. dn 144.

¹⁵² BGE 143 II 518, c. 5.7: “Die Normen sind allerdings nicht rechtsverbindlich; der Inverkehrbringer kann die Produkte anders herstellen; er muss dann aber selber nachweisen, dass das Produkt den Anforderungen entspricht” (“Ancak [teknik] normlar bağlayıcı değildir; ürünü piyasaya süren onu başka türlü imal edebilir; fakat böyle bir durumda ürünün [güvenlik] gerekliliklerini sağladığını kendisi ispat etmek zorundadır”). Ayrıca bkz. Federal Mahkeme’nin kararında atıf yaptığı eserler: Erdem Büyüksağış (dn 147); Andreas Furrer, Produktsicherheit, Produkthaftung und technische Normung in der Schweiz, in: Fellmann Walter/Furrer Andreas (edit.), Produktsicherheit und Produkthaftung- Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, s. 1 vd., 13 f, Hanspeter Pfenninger, Das neue Bundesgesetz über die Produktesicherheit – Geltungsbereich und EU-Kompatibilität als Herausforderung, in: Gredig Markus/Mahaim Raphael/Meier Thomas/Melchior Riccarda/Stöckli Andreas (edit.), Peters Dreiblatt: *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

düzenlemelere uyulmadan da ayıpsız bir şekilde üretilebilir. Kaldı ki, her ürünle ilgili teknik mevzuat çıkarmak ve bunları her yeni tasarım için yenilemek mümkün değildir. Sonuç olarak, ürünün teknik mevzuata aykırı olması başka, ayıplı olması başka bir şeydir ve bunlar ayrı ayrı düzenlemelerin konusunu teşkil etmelidir.

Çevrimiçi pazaryerlerinin tedarikçi/satıcıların piyasaya sürdüğü ayıplı ürünler nedeniyle sorumluluğu, Türk hukukunda Ayıplı Mal Yönetmeliği'ne dayandırılabilir. Yukarıda açıkladığımız gibi, tedarikçi/satıcıdan teslim aldığı ürünün üzerine kendi ayırt edici işaretlerini veya ismini koyarak alıcıya kargolayan e-ticaret platformlarının üretici kapsamı içinde değerlendirilmemesi için hiçbir neden yoktur. Ancak Ayıplı Mal Yönetmeliği kadük sayılacak olursa, ÜGTDK ile Yönetmeliğin kapsadığı alanlar örtüşmediği için ortaya çıkan boşluk, üreticinin sorumluluğuna dayanamayacak alıcıların zarara katlanmak zorunda kalmasına neden olabilir. Bunu engellemek ve adil bir çözüm üretmek için, aşağıda incelediğimiz organizasyon sorumluluğu gündeme getirilebilir.

C. Çevrimiçi Pazaryerlerinin Organizasyon Sorumluluğu

ÜGTDK'nın eksiklikleri karşısında e-ticaret platformları, TBK madde 66 fıkra 3 ile getirilen organizasyon sorumluluğuna tabi tutulabilir. İşletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe- zararın meydana geldiği bir durumda bunun ispatı imkansızdır-, işletmede adam çalıştıran işletme faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararları giderme yükümlülüğü altındadır. Bu maddenin kaynağı kanunlaşmamış İsviçre Sorumluluk Hukuku Ön Tasarısı madde 49a hükmüdür¹⁵³. Organizasyon sorumluluğu, işletme kavramı esas alınarak düzenlenmiştir. Kâr amaçlı işletmelerin yanı sıra, amacını gerçekleştirmek için işletme işleten kurumlar (ör. dernekler, vakıflar) da bu hüküm kapsamında işletme sayılır. Madde metninde çalıştırılan kişiler yerine açıkça işletmeden bahsedildiğinden, işletmenin çalışma düzeninin bir zarara yol açması durumunda çalıştıran kusursuz olarak ve herhangi bir kurtuluş kanıtı

Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, s. 461 vd., Thomas Wilrich, Das neue Produktsicherheitsgesetz [ProdSG], Berlin 2012, s. 133 vd., Hans-Joachim Hess, Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010, N. 7-20, 47, Theodor Bühler, Sicherheit von Non-Food-Produkten in der neusten schweizerischen Gesetzgebung, Zürich 2015, s. 49, Theodor Bühler/Christa Tobler, Produktsicherheit in der EU und in der Schweiz, Zürich 2011, s. 130, s. 385.

¹⁵³Pierre Widmer/Pierre Wessner, Rapport explicatif, Révision et l'unification du droit de la responsabilité, ("İsviçre Sorumluluk Hukuku Ön Tasarısı"), Bern 2010, madde 49a.

getiremeden sorumlu olacaktır¹⁵⁴. Gerçekleştirilen faaliyetle mekansal ve zamansal ilişki yeterlidir; zararın çalışanın doğrudan doğruya göreviyle ilgili ifa ettiği bir iş nedeniyle gerçekleşmiş olması aranmaz.

Ayrıca, organizasyon sorumluluğu adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrı bir kusursuz sorumluluk türüdür¹⁵⁵. Aksine bir yorumla organizasyon sorumluluğunu TBK madde 66 fıkra 1-2’de düzenlenmiş adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında değerlendirmek, hem işletme faaliyetlerinden doğan sorumluluğu düzenleyen kaynak İsviçre Ön Tasarısı madde 49a’nın hem Ön Tasarı’nın kaynağı olan İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarının hem de konuyla ilgili Türk mahkemesi kararlarının görmezden gelinmesi anlamını taşır¹⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi, 9 Ekim 1984 tarihli meşhur “*Schachtrahmen*” kararında, adam çalıştırın firmanın çalıştırdığı kişileri seçme, talimat verme ve denetleme yükümlülüğünü yerine getirdiğini, ancak yükümlülüğünün kapsamının bunlarla sınırlı olmadığını, işletmenin üretimde hataya yol açmayacak şekilde örgütlenmesi ve zararı engelleyecek her türlü önlemi almış olması gerektiğini belirtilerek ortaya çıkan zarardan işletmeyi sorumlu tutmuştur¹⁵⁷.

Yargıtay’ın da benzer yönde kararları mevcuttur. Örneğin bir kararda, müteahhidin çalıştırdığı vinç operatörünün beton direği ambara monte etmek için vinçle kaldırdığı sırada direği taşıyan bağlantı askı demirinin kopması sonucu bir kişi yaralanmıştır¹⁵⁸. Yargıtay kararda, bedensel zararın adam çalıştırının “işin organizasyonunu esaslı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kurmadığı” için ortaya çıktığını ve sorumluluğun bu nedenle doğduğunu vurgulamıştır. Başka bir kararda, trenden inen bir çocuğun demiryoluna girmesi ve karşıdan karşıya geçerken diğer yönden gelen başka bir trenin çarpması sonucu ölümü üzerine tren işletmesinden maddi ve manevi tazminat talep edilmiştir¹⁵⁹. Yargıtay, davalı işletmenin gözetimi ve denetimi altında bulunan tren istasyonunda yaya alt geçidinden geçmeyen

¹⁵⁴ Ahmet Türkmen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK M. 66/III), İÜHFM 2012, s. 262.

¹⁵⁵ Detaylı açıklamalar için bkz. Erdem Büyüksağış, La responsabilité de l’entreprise régie par l’art. 65 al. 3 du Projet du Code des Obligations Turc: Une disposition différente de celles prévues par les principes du droit européen de la responsabilité civile?, Erdoğan Teziç’e Armağan, 2005, s. 931-949.

¹⁵⁶ Aynı yönde bkz. Ayşe Nur Kılınç, Adam Çalıştırının Organizasyon Sorumluluğu, Ankara 2018, s. 285.

¹⁵⁷ BGE 110 II 456 (“*Schachtrahmen*”). Karar hakkında bkz. Franz Werro (dn 144), N. 538-539.

¹⁵⁸ Yargıtay 4. H.D. E.1977/11751 K.1978/10809 T.02.10.1978 (Lexpera).

¹⁵⁹ Yargıtay 11. H.D. E.1988/5107 K.1989/1017 T.21.02.1989 (Lexpera).

yolcuların rayların üzerinden geçmelerini engelleyici tedbirlerin tam olarak alınmamasının bir eksiklik olduğunu belirterek işletmeyi sorumlu tutmuştur. Bu kararlara ve kaynak Ön Tasarı madde 49a'ya göre, zararın oluşması, zararın engellenmesi için tüm önlemlerin alınmamış olduğu anlamına gelmektedir. TBK madde 66 fıkra 3 hükmünün ifadesi, organizasyon sorumluluğunu kusursuz ağırlaştırılmış sorumluluk hali olarak tanımlamak için yeterlidir¹⁶⁰.

Yukarıda açıklananları konumuza uygulayacak olursak, bir işletme faaliyetinin çıktılarını oluşturan ürün ve hizmetlerin internet üzerinden pazarlanması, bunu platformu üzerinden organize eden çevrimiçi pazaryerlerinin faaliyetleri dahilindedir. Bu nedenle, reklamını yaptığı ve satışında aktif rol oynadığı mallar bakımından çevrimiçi pazaryerleri, TBK madde 66 fıkra 3 uyarınca adam çalıştıran işletme olarak düşünülebilir. Çevrimiçi pazaryerleri, organizasyonlarına ilişkin bir zararın ortaya çıkmaması için tüm önlemleri almış olduğunu ispatlamadıkça doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Zarar ortaya çıktığında da bu tür bir kanıt getirmek mümkün olmayacaktır. TBK madde 66 fıkra 3 bir özen yükümü öngörmemekte, işletmeyi zararın ortaya çıkmasını önlemeye elverişli durumda bulundurma borcu yüklemektedir. Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi'nin 2 Aralık 2020 tarihli kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“Sorumlu kişi veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip değildir. Zira bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi, sorumlu kişi veya işletme, her türlü özeni gösterse, gözetim ve denetim ödevini yerine getirirse, gerekli bütün tedbirleri alsa bile, gene çoğu zararın meydana gelmesini önlemek mümkün değildir. Bu sebeple sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır¹⁶¹.”

İşletmesini her anlamıyla gözetim ve denetime tabi tutması ve zararın doğmaması için gerekli makul özeni göstermesi durumunda dahi, dağıtım

¹⁶⁰Aynı yönde bkz. Franz Werro (dn 144) N. 540; Pierre Widmer/Pierre Wessner, (dn 153), s. 130 vd.

¹⁶¹Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 1. HD. E.2020/551 K.2020/557 T.2.12.2020 (Lexpera).

zincirinde aktif olarak yer alan çevrimiçi pazaryerleri yukarıdaki kararlar doğrultusunda sorumluluktan kurtulamayacaktır. Türk hukukunun aksine organizasyon sorumluluğunun özel bir hükümle düzenlenmediği İsviçre uygulamasında dahi bu yönde bir eğilimin olduğu düşünüldüğünde (bkz. “*Schachtrahmen*” kararı¹⁶²), Türk mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta organizasyon sorumluluğuna ilişkin TBK madde 66 fıkra 3 hükmünü uygulayarak çevrimiçi pazaryerlerini sorumlu tutması olağan dışı bir uygulama olmayacaktır.

SONUÇLAR

Tedarikçi/satıcıların çevrimiçi pazaryerleri üzerinden herhangi bir sorumlulukları bulunmaksızın ayıplı malları piyasaya sürmelerine izin veren yasal boşluklar, e-ticarete yönelimin hızla arttığı günümüzde alıcıların mağdur olmasına neden olmaktadır. Tedarikçi/satıcıların ülkesi dışında yerleşik bulunan alıcılar, tedarikçi/satıcılara karşı taleplerini doğrudan yöneltme imkanına sahip olmadıklarından ya da buna teorik olarak sahip olsalar bile katlanmaları gereken ekonomik külfetle karşılaştırıldığında dava açmaya değmeyecek miktarda zarara uğradıklarından, mağduriyet özellikle uluslararası mesafeli satımlarda ortaya çıkmaktadır.

Yurtdışında yerleşik tedarikçi/satıcılara dava açamayan alıcıların daha ulaşılabilir çevrimiçi pazaryerlerine dava açıp açamayacağı sorgulanabilir. Ancak, e-ticarete ilişkin yasal düzenlemeler bağlantı ileten, yönlendiren veya sağlayan çevrimiçi hizmet sağlayıcılar lehine “güvenli liman” muafiyeti içermektedir (bkz. E-Ticaret Kanunu madde 9). Bu düzenlemeler her ne kadar çevrimiçi pazaryerlerinin faaliyetleri öngörülerek getirilmemiş olsa da, bu düzenlemelerden yararlanan çevrimiçi platformlar faaliyetten ekonomik fayda sağlarken faaliyetin ortaya çıkardığı riskleri üstlenmemektedir. Sonuç olarak, alıcılar zararlarının giderilmesini ne tedarikçi/satıcılardan ne de çevrimiçi pazaryerlerinden isteyebilmektedir.

Bu gelişmelere paralel olarak, daha güvenilir bir çevrimiçi alışveriş ortamı sağlamanın mümkün olup olmadığı, özellikle çevrimiçi pazaryerlerinin platformu kullanan alıcılara karşı sorumlu tutulabilmesinin yasal dayanakları üzerine yoğunlaşılmalıdır. Uber kararı ile ABAD, mal ve hizmetlerin pazarlanmasında aktif rol oynayan çevrimiçi platformların “güvenli liman” düzenlemelerinin öngördüğü korumadan yararlanamayacağını hükme bağlamıştır. ABD mahkemeleri, Amazon’a karşı yakın zamanda açılan tazminat davalarında benzer şekilde piyasaya

¹⁶²Bkz. “*Schachtrahmen*” kararı (dn 157).
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

sürülen ürünlerin satışında aktif ve koordineli katılım gösteren çevrimiçi platformların aslında temel hizmet sağlayıcı olarak hareket ettiğine hükmetmiştir. Temel hizmet sağlayıcılar, çevrimiçi hizmet sağlayıcılardan farklı olarak salt teknik ve pasif bir aracılık faaliyetinde (ör. Airbnb gibi) bulunmayıp, bir malı veya hizmeti bizzat sundukları için “güvenli liman” rejiminin sağladığı korumadan yararlanamaz. Bu kural, E-Ticaret Kanunu’nun kaynağı olan AB E-Ticaret Yönergesi’nin giriş hükümleri (“*preambles*”) arasında yer alan 42. paragrafta açıkça ifade edilmiştir.

Çevrimiçi pazaryerlerinin malları tedarikçi/satıcıdan teslim alma, depolama, paketleme, alıcıya kargolama, alıcıdan bedeli tahsil etme, satım konusu mal hakkındaki geri dönüşlere göre tedarikçi/satıcılarla olan ilişkilerini revize etme, yapay zeka uygulamalarıyla alıcı/tüketici davranışlarını şekillendirme gibi işlemlerle sürece aktif katılım sağlaması, bizce bu pazaryerlerinin mallar üzerinde salt algoritmik kontrolden ziyade fiziksel bir kontrol kurmasını da sağlar. Bu durum, mal ve hizmetlerin pazarlanmasında aktif rol oynayan pazaryerlerinin E-Ticaret Kanunu madde 9 hükmüne dayanmasını engeller ve sorumluluğunun önünü açar.

Çevrimiçi pazaryerinin malın pazarlanması için gösterdiği çabanın derecesi, malın alıcıya hangi bağlamda sunulduğu ve makul alıcıların bu pazarlama faaliyeti karşısındaki tepkisi çevrimiçi pazaryerinin tedarikçi/satıcı adına hareket edip etmediğinin belirlenmesinde önem taşımaktadır. Satıcı, TKHK madde 3 fıkra 1-i ile oldukça kapsamlı bir şekilde “kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkıldığında, piyasaya mal sunan kişi adına ya da hesabına hareket eden aktif çevrimiçi pazaryerleri de satıcı olarak nitelendirilmeli ve TKHK madde 9 uyarınca malın ayıbından alıcıya karşı sorumlu tutulmalıdır. Alıcının tüketici olmaması durumunda da aktif aracı hizmet sağlayıcıların TMK madde 2 hükmünden de faydalanarak satıcı olarak kabul edilmesi mümkündür. Mesleki veya ticari amaçla hareket eden kişiler de bir sözleşme yaparken aracı yerine satıcı ile karşı karşıya olduğunu düşünebilir veya bu sözleşmeyi salt çevrimiçi pazaryerine güvendiği için kurmuş olabilir.

Çevrimiçi pazaryerlerinin piyasaya sürülen ürünlerin ayıplarından sorumlu tutulmasında diğer bir imkan ise, çevrimiçi pazaryerlerini satıcı olarak nitelendirmek yerine, ürün sorumluluğu düzenlemelerinin kapsamını genişleterek çevrimiçi pazaryerlerini üretici olarak nitelendirmektedir. Kaliforniya Temyiz Mahkemesi’nin Bolger kararında belirttiği gibi, üretim ve pazarlama sürecinin ayrılmaz parçaları olarak kabul edildikleri sürece,

çevrimiçi platformlar piyasaya sürülen ayıplı ürünlerden doğan zararları karşılamakla yükümlü tutulmalıdır. Özellikle tedarikçi/satıcıdan teslim aldığı ürünün üzerine kendi ayırt edici işaretini (ör. kendi logosunu veya ismini) koyarak alıcıya kargolayan çevrimiçi pazaryerleri için, sorumluluk konusunda Ayıplı Mal Yönetmeliği ve - tüm eksiklik ve tutarsızlıklarına rağmen - ÜGTDK'nın uygulanması gerekir.

Çevrimiçi pazaryerlerinin üçüncü kişilerin ayıplı mallarından sorumluluğu ayrıca TBK madde 66 fıkra 3 hükmüne de dayandırılabilir. Organizasyonuna ilişkin bir zararın ortaya çıkmaması için tüm önlemleri almış olduğunu ispatlamadıkça, ayıplı malın piyasaya sürülmesinde rol almış çevrimiçi pazaryeri TBK madde 66 fıkra 3 uyarınca bu malların meydana getirdiği zararlardan sorumlu olur. Her şeyden önce, zarar ortaya çıktığında kurtuluş kanıtı getirmek mümkün olmayacaktır. TBK madde 66 fıkra 3 bir özen yükümü öngörmemekte, işletmeyi zararın ortaya çıkmasını önlemeye elverişli durumda bulundurma borcu yüklemektedir.

Sonuç olarak, alıcıların ayıplara karşı çevrimiçi veya fiziksel mağazadan alışveriş yapmış olmaları dikkate alınmaksızın eşit şekilde korunması, hizmet sağlayıcılar ile alıcılar arasında akdedilen sözleşmelerdeki yetki ve sorumsuzluk hükümlerinin geçerliğinin incelenmesini, E-Ticaret Kanunu'ndaki "güvenli liman" rejiminin uygulama alanının kapsamının belirlenmesini, alıcının tüketici olup olmamasına göre çevrimiçi platformların satıcı/imalatçı/dağıtıcı olarak sorumlu tutulup tutulamayacağına irdelenmesini gerektirir. Konuyla ilgili spesifik bir düzenleme yapılana kadar mevcut hukuk sistemimizdeki özel ve genel nitelikteki hükümler kullanılarak sonuca ulaşmak, yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere mümkündür.

KAYNAKÇA

- Billing Tom, Vertragliche Strukturen, in: Peter Bräutigam/Daniel Rücker (edit.), E-Commerce, Münih 2017.
- Borsari Andreas E., Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz, Zürich 1998.
- Busch Christoph, Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective, European Legal Studies Institute Osnabrück Research Paper Series No. 21-01, Osnabrück 2021.
- Busch Christoph/Dannemann Gerhard/Schulte-Nölke Hans/Wiewiórowska-Domagalska Aneta/Zoll Fryderyk, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, Journal of European Consumer and Market Law (EuCML) 2016, s. 164-169.

- Bühler Theodor, Sicherheit von Non-Food-Produkten in der neuesten schweizerischen Gesetzgebung, Zürich 2015.
- Bühler Theodor/Tobler Christa, Produktsicherheit in der EU und in der Schweiz, Zürich 2011.
- Büyüksağis Erdem, Liability of E-Commerce Platforms for Third-Party Defective Products, in: Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (edit.), *Mélanges en l'honneur de Franz Werro*, Bern 2022, s. 127-141.
- Büyüksağis Erdem, Responsabilité pour les systèmes d'intelligence artificielle, Haftung und Versicherung (HAVE/REAS) 1/2021, s. 12-24.
- Büyüksağis Erdem, İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlandırılması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri, in: Ayşe Havutçu/Emre Cumalıoğlu (edit.), *Aydın Zevkliler'e Armağan*, 2013, s. 675-711.
- Büyüksağis Erdem, La relativité de la sécurité du produit: différentes circonstances, différents défauts, différents régimes de responsabilité, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR/RDS)*, 2010, s. 29-50.
- Büyüksağis Erdem, La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits: analyse économique et comparative, Zürich 2005.
- Büyüksağis Erdem, La responsabilité de l'entreprise régie par l'art. 65 al. 3 du Projet du Code des Obligations Turc: Une disposition différente de celles prévues par les principes du droit européen de la responsabilité civile?, *Erdoğan Teziç'e Armağan*, 2005, s. 931-949.
- Carter Lyn, What's in a Name Post-liberalism, COVID-19 and Science (Education), *Journal for Activist Science and Technology Education* 2020, s. 16-32.
- Castets-Renard Céline, Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet, *Recueil Dalloz* 2012, s. 827-833.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2021.
- Etzkorn Philipp, Die Initiative des EU-Parlaments für eine EU-Verordnung zur zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz von KI, *Computer und Recht* 2020, s. 764-768.
- Fellmann Walter, Kommentar zum Produkthaftungsgesetz in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand et al., *Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR (Basler Kommentar)*, Basel 2003.
- Fellmann Walter/Von Büren-Von Moos Gabrielle, *Grundriss der Produkthaftungspflicht*, Bern 1993.
- Furrer Andreas, Produktsicherheit, Produkthaftung und technische Normung in der Schweiz, in: Fellmann Walter/Furrer Andreas (edit.), *YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

- Produktsicherheit und Produkthaftung- Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, s. 1-22.
- Geiß Joachim/Felz Sebastian, Das neue Recht der Marktüberwachung im digitalen Zeitalter, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, s. 2961-2965.
- Gillespie Tarleton, Platforms Are Not Intermediaries, Georgetown Law Technology Review 2018, s. 198-216.
- Goldman Eric, An Overview of the United States' Section 230 Internet Immunity, in: Giancarlo Frosio (edit.), Online Intermediary Liability, Oxford 2020, s. 155-163.
- Hacker Franz, "L'Oréal/eBay": Die Host-Provider-Haftung vor dem EuGH, GRUR-Prax 2011, s. 391-394.
- Hess Hans-Joachim, Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010.
- Hess Hans-Joachim, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), Bern 1996.
- Hofmann Franz/Specht-Riemenschneider Louisa, Verantwortung von Online-Plattformen, Ein Plädoyer für ein funktionszentriertes Verkehrspflichtenkonzept, Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE) 2021, s. 48-113.
- Janger Edward J./Twerski Aaron D., The Heavy Hand of Amazon: A Seller Not A Neutral Platform, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 2020, s. 259-273.
- Kanışlı Erhan, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu, İstanbul Hukuk Mecmuası 2020, s. 1413-1468.
- Kariyawasam Kanchana/Guy Scott, The Contractual Legalities of Buying and Selling on eBay: Online Auctions and the Protection of Consumers, Journal of Law, Information and Science (JLIS) 2008, s. 42-72.
- Kılınç Ayşe Nur, Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu, Ankara 2018.
- Klimas Tadas/Vaiciukaite Jurate, The Law of Recitals in European Community Legislation, ILSA Journal of International & Comparative Law 2008, s. 61-93.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2017.
- Leenes Ronald, Regulating New Technologies in Times of Change, in: Leonie Reins (edit.), Regulating New Technologies in Uncertain Times, Lahey 2019, s. 3-18.

- Mann Ronald J./Belzley Seth R., The Promise of Internet Intermediary Liability, William & Mary Law Review 2005, s. 239-307.
- Pfenninger Hanspeter, Das neue Bundesgesetz über die Produktesicherheit – Geltungsbereich und EU-Kompatibilität als Herausforderung, in: Gredig Markus/Mahaim Raphael/Meier Thomas/Melchior Riccarda/Stöckli Andreas (edit.), Peters Dreiblatt: Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, s. 415-444.
- Reimann Mathias, Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard?, American Journal of Comparative Law 2003, s. 751-838.
- Rey Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2003-2005.
- Rickettson Thomas, Blinded by the Leash: Strict Products Liability in the Age of Amazon, Penn State Law Review 2020, s. 321-351.
- Seritti Laura, Online Shopping and Quality Problems: What Safeguards for Platform Users Under the EU Consumer Protection Regime?, Journal of European Consumer and Market Law (EuCML) 2021, s. 180-189.
- Sharkey Catherine M., Holding Amazon Liable As a Seller of Defective Goods: A Convergence of Cultural and Economic Perspectives, Northwestern University Law Review 2020, s. 339-356.
- Sørensen Marie J., Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework, Nordic Journal of Commercial Law 2018, s. 62-90.
- Türkmen Ahmet, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK M. 66/III), İÜHFİM 2012, s. 257-284.
- Van Alstyne Marshall W./Parker Geoffrey G./Choudary Sangeet Paul, Pipelines, Platforms, and the New Rules of Strategy, Harvard Business Review 2016, s. 54-62.
- Wagner Gerhard, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen, GRUR 2020, s. 329-337 ve 447-456.
- Wendehorst Christiane, Strict Liability for AI and other Emerging Technologies, Journal of European Tort Law (JETL) 2020, s. 150-180.
- Werro Franz, La responsabilité civile, Bern 2017.
- Werro Franz, Les services Internet et la responsabilité civile, Medialex 3/2008, s. 119-132.
- Werro Franz/Büyüksagis Erdem, The Bounds between Negligence and Strict Liability, in: Bussani Mauro/Sebok Anthony J. (edit.), Global Tort Law, Cheltenham 2021, s. 186-213.
- Widmer Pierre/Wessner Pierre, Rapport explicatif, Révision et l'unification du droit de la responsabilité, Bern 2010.

Wilrich Thomas, Das neue Produktsicherheitsgesetz [ProdSG], Berlin 2012.

¶ ACENTELERİN ARABULUCULUK SÜRECİNDE TEMSİL YETKİSİNİ KULLANMASI

(AGENTS' EXERCISING THE POWER OF REPRESENTATION IN THE
MEDIATION PROCESS)

Dr. Öğr. Üyesi Hakan Hasırcı * **

ÖZ

Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 105, 2 uyarınca acente “aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir”.

Buna karşılık, acenteler ve onların aracılık ettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların, dava yoluna götürülmeden önce, gerek ihtiyari arabuluculuk gerek TTK m. 5/A ve Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 73/A düzenlemeleri uyarınca dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olması pek muhtemeldir. Bu çalışma çerçevesinde, arabuluculuk sürecinde de TTK m. 105, 2 hükmünün uygulanabilip uygulanamayacağı, uygulanacaksa acentenin bu süreçte hak, yetki ve yükümlülüklerinin kapsamının ne olacağı hususları açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Acente, arabuluculuk, davaya vekalet, arabuluculukta acentenin vekalet yetkisi

ABSTRACT

In accordance with Turkish Commercial Code (TCC) Art. 105, 2, an “agency can sue on behalf of its client for disputes arising out of the contracts it brokers or makes, as well as against it in the same capacity”.

In contrast, disputes arising from these contracts are likely to be subject to mediation as a procedural requirement according to TCC Art. 5/A and The Code on Consumer Protection (CCP) Art. 73/A before being brought to the path of litigation. Within the framework of this study, it will be tried to

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 12.03.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 23.02.2022. Onaylanma Tarihi: 07.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5394-8554.

Eserin Atf Şekli: Hakan Hasırcı, “Acentelerin Arabuluculuk Sürecinde Temsil Yetkisini Kullanması”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.175-198.

clarify whether the provision TCC Art. 105, 2 can be applied during the mediation process and what the scope of the rights, powers and obligations of the agency will be in this process if it is to be applied.

Key-words: *Agent, mediation, powers of attorney in litigation, powers of agent in mediation*

GİRİŞ

TTK m. 105 uyarınca, “*Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihbar, ihtar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir.*

Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir.

Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanmaz.”

Söz konusu hüküm çerçevesinde acentelere tanınan bu yetki doktrinde avukatlık tekeline getirilmiş bir istisna olarak kabul edilmektedir¹. Düzenlemede özellikle ikinci ve üçüncü fıkralar medeni yargılama hukuku bakımından önem taşır. İkinci fıkra acentenin aracılık ettiği ya da yaptığı sözleşmelerden doğan davaların hem acente tarafından müvekkil adına hem de acenteye karşı da aynı sıfatla (müvekkil adına) açılabileceğini düzenler². Üçüncü fıkra ise bu davalarda alınan kararların acenteler hakkında icra edilemeyeceğini düzenler³.

Öğretide bu durum, “*acentenin müvekkiline izafeten dava açması*” veya “*acenteye müvekkiline izafeten dava açılması*” biçiminde formüle

¹ **Kalpsüz**, s. 2; **Kavasoglu**, s. 300; **Börü**, s. 122; **Tanriver**, s. 17, dn. 52; **Selçuk**, s. 81; **Üçüncü**, s. 977.

² Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde ise acenteye bu kadar geniş bir yetki verilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 418e, 1 ve Alman Ticaret Kanunu m. 91 düzenlemelerinde acenteler, işlemlere aracılık etme, ayıba ilişkin olarak bildirimde bulunma / yapılan bildirimleri kabul etme ve delillerin korunmasına ilişkin işlemlerde bulunma konusunda yetkilendirilmişlerdir. Dolayısıyla bu hukuk sistemlerinde acentelerin TTK’da olduğu kadar geniş yetkileri bulunmaz (**Kalpsüz**, s. 1-2; **Aksoy**, s. 292; **Güner**, s. 523).

³ Esasen açılan davalarda acente taraf olmadığı ve medeni usul hukukunda bir davanın tarafı olmayanlar hakkında karar verilemeyeceği için (**Postacıoğlu**, s. 679; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 508; **Yılmaz**, s. 1359; **Deren Yıldırım**, s. 15; **Pekcanitez/Meriç**, s. 343; **Üstündağ**, s. 376; **Tanriver** – Usul, s. 569; **Budak/Karaaslan**, s. 102), bu fıkra olmasaydı dahi acente hakkında hükmün icrası mümkün olmayacaktı (**Üstündağ**, s. 376; **Pekcanitez/Meriç**, s. 343, dn. 1227).

edilmektedir⁴. Acente, bizzat yapılmasına aracılık ettiği veya bizzat yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisine sahiptir⁵.

Bu çalışmada öncelikle söz konusu temsil yetkisinin hukuki niteliği, kullanılabilme şartları ve kapsamı ortaya konmaya çalışılacak; daha sonra acentenin arabuluculuk sürecinde aynı yetkilere sahip olup olmadığı, sahip ise bunların acente tarafından ne şekilde kullanılabileceği ve arabuluculuk sürecinin yapısının bu yetkilerin kullanımına nasıl etki edeceği hususları üzerinde durulacaktır.

A. ACENTENİN TEMSİL YETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde acentenin müvekkilini davada temsil yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin olarak savunulan temel görüş, acentenin davanın tarafı olmadığı, “*temsilci*” konumunda olduğu yönündedir⁶. Ancak bu “*temsilcilik*” görevinin medeni yargılama hukuku bakımından somutlaştırılması gerekir.

Öncelikle, acente ile takip edilen davalarda aktif (davacı) ya da pasif (davalı) taraf sıfatına müvekkil sahiptir⁷. Çünkü sıfat, dava konusu edilen hak ile taraflar arasında bulunan ilişkiyi ifade eder. Bir başka deyişle maddi hukuk anlamında hakka sahip ya da hakka uymakla yükümlü olan kişi, taraf sıfatına sahiptir⁸. Maddi hukuk anlamında hakka sahip olan taraf (aktif) davacı sıfatına; söz konusu hakka uymakla yükümlü olan taraf da (pasif) davalı sıfatına sahiptir⁹. Acentenin bizzat yaptığı ya da aracılık ettiği sözleşmelerde ise hak ve borç müvekkile aittir¹⁰. Dolayısıyla taraf sıfatına da acente değil, müvekkil sahiptir¹¹.

⁴ Kalpsüz, s.1; Altay, s. 223; Arkan, s. 211; Demirtaş, s. 86; Kayıhan, 2018, s. 177; Kaya, s. 54, dn. 56; Üçüncü, s. 968.

⁵ Kalpsüz, s. 5, 6; Arkan, s. 218; Domaniç, s. 360; Kaya, s. 52; Börü, s. 123; Demirtaş, s. 100; Üçüncü, s. 964.

⁶ Altay, s. 229; Domaniç, s. 316; Poroy/Yasaman, s. 282; Kayıhan, s. 197; Kaya, s. 50; Güner, s. 525, 528; Narbay/Uyumaz, s. 111; Erişir, s. 87; Üçüncü, s. 977; Türkel, s. 1108.

⁷ Üçüncü, s. 976.

⁸ Üstündağ, s. 301; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 607; Hanağası, s. 164; Erişir, s. 62; Üçüncü, s. 973-974.

⁹ Önen, s. 65; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 611-612; Hanağası, s. 165.

¹⁰ Bu durum, acentenin müvekkilinin doğrudan temsilcisi olduğunun öngörüldüğü TTK m. 102, 1’in (bkz. İtalyan Medeni Kanunu m. 1742, 1 ile Alman Ticaret Kanunu m. 84, 1) doğal bir sonucudur. Bu yönde bkz. Tekin-Ücret Hakkı, s. 38. “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 102 ve devamı maddelerinde acentelik müessesesi düzenlenmiş, 105/2.

İkinci olarak acente, kendi yaptığı ya da aracılık ettiği sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklardan doğan davalarda dava takip yetkisini de kullanmaz¹². HMK m. 53 uyarınca dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir¹³. Tasarruf yetkisi, bir kimsenin hukuk düzenince kendisine tanınan bir hakka doğrudan doğruya etki edebilme, o hak üzerinde tasarruf edebilme yetkisidir¹⁴. Tasarruf yetkisi kural olarak hakkın içeriğine dâhildir ve bu hallerde hak sahibi tasarruf yetkisine de sahiptir; bu hallerde hak sahibi hakkını bir dava ya da icra takibi konusu edebilir ve bunun için usulî işlemler ya da takip işlemleri yapabilir¹⁵. Buna karşılık bazı hallerde Kanun¹⁶, açıkça hak sahibinin sahip olduğu hak üzerindeki tasarruf yetkisini kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabilir ve hatta bu yetkiyi hak sahibi olmayan bir üçüncü kişiye devredebilir¹⁷. Bu hallerde maddi hukuk uyarınca hak sahipliği ile dava takip yetkisi birbirinden ayrılır, hak sahibi olmayan bir üçüncü kişi dava takip yetkisine sahip olur. Bu üçüncü kişi, **taraf olarak** yargılamaya katılır ve talep sonucu hakkında hüküm alır. Ancak alınan bu hüküm, dava takip yetkisine sahip kişi üzerinde değil; hak sahibi kişi üzerinde sonuç doğurur¹⁸. Acentenin bizzat yaptığı ya da aracılık ettiği

maddesinde acentenin müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilirliği düzenlenmiştir. Acente müvekkili adına sözleşme yapma ve TTK'nın 102. vd. maddelerinde belirtildiği gibi müvekkili adına işlem yapmakla yetkili olup, müvekkili adına borçtan doğrudan sorumlu değildir” (17. HD. 09.06.2016 T. E: 4261, K: 7060: E-Uyar).

¹¹ **Altay**, s. 227-228; **Demirtaş**, s. 91; **Kaya**, s. 53; **Güner**, s. 525, 527; **Üçüncü**, s. 976, 979; **Narbay/Uyumaz**, s.114.

¹² **Erişir**, s. 87; **Üçüncü**, s. 976.

¹³ **Postacıoğlu**, s. 219; **Üstündağ**, s. 301; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usul, s. 594; **Budak/Karaaslan**, s. 111; **Hanağası**, s. 165; **Erişir**, s. 75.

¹⁴ **Eren**, s. 175; **Tanrıver – Usul**, s. 523; **Erişir**, s. 76; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 345.

¹⁵ **Eren**, s. 175; **Üstündağ**, s. 302; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usul, s. 594; **Tanrıver – Usul**, s. 523; **Deren Yıldırım**, s. 24; **Budak/Karaaslan**, s. 111; **Hanağası**, s. 164-165; **Erişir**, s. 76; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 352.

¹⁶ Tasarruf yetkisi, fiil ve dolayısıyla dava ehliyeti gibi, ancak açık bir kanun hükmü ile sınırlanabilir ya da ortadan kaldırılabilir. Hukukî bir işlem ile tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması mümkün değildir (**Eren**, s. 176; **Üstündağ**, s. 298, 306; **Postacıoğlu**, s. 199-200; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usul, s. 597; **Deren Yıldırım**, s. 29-38; **Hanağası**, s. 167; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 357).

¹⁷ **Eren**, s. 175; **Üstündağ**, s. 301, 306; **Tanrıver – Usul**, s. 523; **Deren Yıldırım**, s. 24; **Hanağası**, s. 167; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 357.

¹⁸ **Kuru**, s. 128; **Deren Yıldırım**, s. 24; **Hanağası**, s. 167. Bu durumun en önemli örneklerinden biri, müflisin iflâsın açılması ile masaya giren malları üzerindeki tasarruf *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından ise müvekkil tasarruf ehliyetine sahiptir. Müvekkil kendi açtığı ya da kendisine karşı açılan davada acentenin yardımından yararlanabileceği gibi, acente olmaksızın tek başına da aynı davayı açabilir ya da ona karşı dava açılabilir¹⁹.

Bu durumda hak sahibi veya borçlu olmayan, dava takip yetkisini de kullanmayan acente, bir davada ancak müvekkilinin *vekili* sıfatıyla hareket edebilir. Dolayısıyla acente, davada müvekkilini temsil ederken, kanundan kaynaklanan vekâlet ehliyetini ve vekalet yetkisini kullanır²⁰. Davaya vekâlet ehliyeti, davanın tarafları dışındaki ucuncu bir kişinin, bir davayı başkası adına ve vekil sıfatıyla açıp yürütebilmesi veya mevcut bir davada kendisine husumet yöneltmiş kişi adına savunmada bulunabilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliyeti ifade eder²¹.

B. ACENTENİN TEMSİL YETKİSİNİ KULLANABİLME ŞARTLARI

Medeni yargılama hukukunda vekalet ehliyetine kural olarak baroya kayıtlı avukatlar sahiptir²². Buna ek olarak avukatların bir davada müvekkillerini temsil edebilmeleri geçerli vekaletnamelerinin de bulunmasına bağlıdır (HMK m. 77). Gerek vekalet ehliyetinin gerek geçerli bir vekaletnamenin bulunması, HMK m. 114 uyarınca bir *dava şartıdır*²³.

Acenteler bakımından ise bu her iki dava şartını da karşılayabilmek için, öncelikle aracılık işini ya da sözleşmeyi yapanın bir acente olması gerekir²⁴. Elbette bu şart, acente ile müvekkil arasında geçerli bir acentelik

yetkisini kaybetmesi ve bu tasarruf yetkisinin Kanunen iflâs idaresine (basit tasfiye usulünde iflâs dairesine) devredilmesidir (**Bornheimer/Park**, s. 878; **Thole**, s. 1002 vd; **Eren**, s. 175; **Tanrıver** – Usul, s. 526; **Deren Yıldırım**, s. 114; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 358; **Erişir** s. 76-77; **Dişel**, s. 258 vd).

¹⁹ **Altay**, s. 235; **Güner**, s. 525, s. 528; **Erişir**, s. 86-87; **Üçüncü**, s. 976, 983.

²⁰ **Kalpsüz**, s. 2, 8; **Arkan** s. 208; **Sungurtekin Özkan** s. 52-53; **Tanrıver**, s. 17 dn. 52; **Domaniç**, s. 316; **Altay**, s. 228-229; **Poroy/Yasaman**, s. 246, 247; **Kayıhan** s. 171; **Börü**, s. 122; **Demirtaş**, s. 91; **Güner**, s. 529; **Erişir**, s. 87; **Selçuk**, s. 81; **Üçüncü**, s. 977; **Türkel**, s. 1108.

²¹ **Tanrıver**, s. 43, dn. 10; **Selçuk**, s. 35; **Üçüncü**, s. 975.

²² **Postacıoğlu**, s. 320; **Yılmaz**, s. 1385; **Pekcamtez/Taş Korkmaz**, Pekcamtez Usul, s. 675; **Selçuk**, s. 43.

²³ **Üçüncü**, s. 977.

²⁴ **Altay**, s. 230; **Üçüncü**, s. 977. Kendisine acenteye ilişkin hükümlerin uygulandığı kişilerin de acenteler gibi vekalet ehliyetine sahip olduğuna yönelik olarak bkz. **Altay**, s. 246 vd; **Kaya**, s. 54; **Daniş Akkan**, s. 223; **Kayıhan**, s. 80; **Güner**, s. 523; **Demirtaş**, s. 88; **Narbay/Uyumaz**, s. 124; aksi yönde, **Kalpsüz**, s. 7.

sözleşmesinin de varlığını gerekli kılar²⁵. İkinci olarak uyumsuzluk, acentenin bizzat yaptığı ya da aracılık ettiği sözleşmeden kaynaklanmış olmalıdır²⁶. Bu noktada özellikle TTK m. 107, 1 hükmünün dikkate alınması gerekir. Bu hüküm uyarınca acentenin müvekkili adına sözleşme yapabilmesi için özel ve yazılı yetkisinin bulunması zorunludur²⁷. Bu şartlar dışında acentenin ayrıca bir vekaletnameye ihtiyacı bulunmaz, çünkü vekalet ehliyeti gibi vekalet yetkisi de TTK m. 105'ten kaynaklanır²⁸.

Bu bağlamda örneğin, acente aracılık etmeksizin bizzat müvekkilin yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzluklarda da acentenin temsil yetkisi bulunmaz²⁹. Ek olarak, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı sorumluluktan doğan uyumsuzluklar bağlamında da acentenin vekalet ehliyetinin varlığından bahsedilemez³⁰.

²⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 636; Kaya, s. 54; Demirtaş, s. 89; Güner, s. 526; Tekin-Tahsil, s. 365.

²⁶ Altay, s. 230; Selçuk, s. 82; Üçüncü, s. 977. "6762 Sayılı TTK'nın "Acentenin Selahiyetleri" başlıklı 119. maddesinde, acentenin aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukavelelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili namına yapmaya ve bunları kabule selahiyetli olduğu, bu gibi mukavelelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı acentenin müvekkili namına dava açabileceği gibi acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılacağı, bu hükümlere aykırı olan şartların muteber olmayacağı düzenlenmiştir (6102 Sayılı TTK'nın 105. maddesi). Buna göre, acenteye müvekkili namına husumet yöneltilmesi ancak aracılık ettiği işlerle sınırlı olup, somut olayda davalının dava konusu taşıma işinde acente sıfatıyla aracılık yapmadığına yönelik savunmasının üzerinde durulmadan sonuca varılması doğru olmamıştır" (11.HD. 07.12.2015 T. E: 5330, K: 13046: E-Uyar).

²⁷ Demirtaş, s. 87; Tekin-Bağımsızlık, s. 142.

²⁸ Altay, s.229; Üçüncü, s. 977; Güner, s. 529; Türkel, s. 1108; Narbay/Uyumaz, s.130.

²⁹ Üçüncü, s. 977; Güner, s. 526. "Somut olaya uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 119/1. maddesi gereğince, ancak acentenin aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukavelelerle ilgili ihtilaflar nedeniyle müvekkili namına acente aleyhine dava açılabilir. Kanun koyucu, sözleşmenin kurulduğu yere değil ona aracılık eden veya onu bizzat akdeden kimseye önem vermiş ve hukuki sonucu bu kimseye göre belirlemiş bulunmaktadır. Şu halde bir anlaşmazlık sözleşmeden doğmuş olsa bile acente bu sözleşmeye aracılık etmemiş veya sözleşmeyi akdetmemiş ise, müvekkili namına dava açamayacağı gibi kendisine de müvekkiline izafeten dava açamaz.(Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Yrd. Doç. Dr. Ş. Kayıhan, 2. Baskı, s. 174) Bu durumda mahkemece, bu husus üzerinde durulmaması doğru olmadığı gibi, mahkemelerde tarafları sadece avukatların temsil edebileceği hususu da gözden kaçırılarak C. D.cilik ve Dış Ticaret A.Ş'ye temsilci sıfatıyla husumet yöneltilebileceğinin kabulü de doğru olmaması kararın açıklanan bu nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir" (11. HD. 07.03.2016 T. E: 2015/7974, K: 2470: E-Uyar).

³⁰ Kalpsüz, s. 3; Börü, s. 122; Kavasoglu, s. 301; Güner, s. 526; Selçuk, s. 82.

Acentenin müvekkil adına sözleşme yapma yetkisi olmadığı ya da olsa bile kendisine tanınmış yetkinin sınırlarını aşarak müvekkili adına sözleşme yaptığı hallerde yapılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık bağlamında acentenin vekalet ehliyeti ve yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusuna doktrinde TTK m. 108'den hareketle olumlu yanıt verilmektedir. Bu madde uyarınca “*acente, yetkisi olmaksızın veya yetki sınırlarını aşarak, müvekkili adına bir sözleşme yaparsa müvekkili bunu haber alır almaz icazet verebilir; vermediği takdirde acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur*”. Dolayısıyla yetkisiz temsil halinde müvekkil açıkça icazet vermezse, sözleşme acenteyi bağlar, doğrudan taraf sıfatı da ona ait olur, müvekkilin uyuşmazlıkla herhangi bir bağı kalmaz, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar taraf olarak acenteye yöneltilir³¹. Müvekkil icazet verirse, yetkisizlik sorunu ortadan kalkar, tıpkı yetkili bir acentenin yetkisi dahilinde akdetmiş olduğu sözleşmelerde olduğu gibi, acentenin müvekkili temsil etme yetkisi söz konusu olur³².

C. ACENTENİN ARABULUCULUK SÜRECİNDE TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

a. Acentenin Arabuluculuk Sürecine Vekil Olarak Katılması

TTK m. 105/2, lafzında “*dava*” sözcüğünü kullanmış olsa da dava kelimesinin geniş anlamda tüm hukuki süreçleri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği hem öğretide hem yargı kararlarında ifade edilmektedir³³. Dolayısıyla acente, dava dışında, ilamlı ya da ilamsız icra

³¹ **Altay**, s. 259; **Üçüncü**, s. 985-986. Bu söylenenler, “*müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili olmadığı gibi bu işlemlerden doğan alacağı yenileyemez veya miktarını indiremez*” şeklindeki TTK m. 106, 1 için de söz konusudur. Şöyle ki, müvekkilin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acentenin bizzat teslim etmediği malların bedelini kabulü yahut bedelini bizzat ödemediği malları teslim alması halinde de yetkisiz temsil söz konusu olacağından bu işlemler acenteyi bağlar (**Tekin-Bağımsızlık**, s. 142; **Tekin-Tahsil**, 366).

³² **Altay**, s. 259; **Üçüncü**, s. 985; **Güner**, s. 526.

³³ **Altay**, s. 241; **Kaya**, s. 58; **Kaylıhan**, s. 185; dn. 650; **Üçüncü**, s. 979; **Güner**, s. 525; **Daniş Akkan**, s. 222; **Narbay/Uyumaz**, s. 109; **Demirtaş**, s. 94. “*TTK'nun 105. maddesinin ikinci bendi uyarınca acentanın aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili olarak müvekkili adına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Bu hüküm, acentanın icra takiplerinde müvekkili adına alacaklı sıfatıyla takip yapmasını ve kendisine karşı da aynı sıfatla takip yapılmasını da kapsar*” (12.HD. 22.04.2015 T. E: 2014/35174, K: 10958: E-Uyar); “*Diğer taraftan, gemi alacağının kaynağı olduğu iddia edilen liman hizmetleri, TTK'nun 105/1. maddesi uyarınca, TTK'nun 1320. maddesinde belirtilen kişi (yada kişiler) ile acente arasında YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*”

takipleri³⁴, geçici hukuki koruma tedbiri talepleri kapsamında da temsil yetkisini kullanabilir³⁵. Bu yorumdan hareketle acentelerin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ve özellikle arabuluculuk sürecinde de müvekkilini temsil edebileceği kanaatindeyiz. Zira acente, tüm hukuki süreçleri kapsayacak şekilde müvekkilini temsil yetkisine sahipse, aynı şekilde müvekkilini arabuluculuk görüşmelerinde de temsil edebilmelidir.

Konuya ilişkin kanuni düzenlemeler de bu yorumu haklı kılar niteliktedir. Öncelikle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 15/6 hükmündeki “*arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler*” hükmünün de bu kapsamda yorumlanması ve “*avukatlar*” ifadesinin kapsamına, aracılık edilen ya da bizzat yapılan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlı olarak acentelerin de dahil edilmesi gerekir. Çünkü bu fıkranın varlık gerekçesi, tarafların temsilcileri ile arabuluculuk görüşmelerine

yapılan sözleşmeden kaynaklı ise, bu kişiye (yada kişilere) izafeten acente aleyhine takibe girildiğinin belirtilmesi lazımdır” (12. HD. 28.11.2016 T. E: 19488, K: 24400: E-Uyar); “*Yapılan yargılama sırasında icra takibine konu borcun doğumunun davacı alacaklı ile T.. C...’a izafeten acente D... Turizm Otelcilik Ticaret ve Sanayi A.Ş. arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklandığı anlaşılmıştır. 6102 sayılı TTK’nın 105. (6762 s.TTK m. 119) maddesi uyarınca bu tür sözleşmeler için acenteye karşı müvekkili adına takip yapılabilir*” (23. HD. 21.01.2016 T. E: 2015/1866, K: 286: E-Uyar).

³⁴ İcra takipleri vekil sıfatıyla acente aleyhine başlatılabilse ve yürütülebilse dahi, bu takipler çerçevesinde acentenin mallarının haczi mümkün değildir. Çünkü söz konusu süreçlerde acente vekil, müvekkil de borçlu sıfatına sahiptir, borçlu olmayan acentenin mallarının haczi bu çerçevede mümkün olmayıp; istihkak sürecinin işletilmesi söz konusu olabilecektir. Esasen bu durumu TTK m. 105, 3, “*Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanamaz*” biçiminde ifade etmiştir. Doktrinde **Altay**, icra takiplerinin ancak takibin kesinleşmesine kadar acenteye karşı yürütülebileceğini belirtmiştir (**Altay**, s. 241), Kanaatimizce müvekkilin borçları için acenteye başvurulamayacağını ortaya koymaya çalışan bu görüşün teknik olarak isabetli olduğunu söylemek güçtür ve görüş, acentelerin sahip olduğu kabul edilen vekalet ehliyeti ile çelişir. Acente icra takiplerinde vekil olarak bulunuyor ise, bu konuda takibin hangi aşamasında bulunduğu önemli değildir. Çünkü acente, tıpkı bir avukat gibi, sürecin sonuna kadar vekil olarak hareket edebilecektir. Nasıl ki borçlu avukatı icra takibini takibin kesinleşmesi sonrası bırakmıyorsa, aynı şekilde acente de takibin devamında görev alabilecektir. **Altay**, açıklamalarının devamında, “*eğer acentenin elinde müvekkile ait olan ve haczedilebilir bir mal varsa yalnızca bunlarla sınırlı olmak üzere acenteye başvurulabileceğini*” belirtmektedir (**Altay**, s. 242). Acentenin elinde borçlu müvekkilin malı varsa ve bu mal acentenin elinde iken haczedilirse, zaten burada borçlunun mallarına başvurulmuş olacağından bu ifadenin de eleştiriye açık olduğunu belirtmek isteriz. Dolayısıyla bu halde de “*acenteye*” başvurulmamaktadır (aynı yönde, bkz. **Demirtaş**, s. 95).

³⁵ **Üçüncü**, s. 978; **Güner**, s. 525; **Demirtaş**, s. 94.

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

katılabilmesidir³⁶. Temsilciler, kanuni temsil kapsamında kanuni temsilciler; iradi temsil kapsamında da vekalet ehliyetine ve geçerli bir vekaletnameye sahip olan avukatlardır. Avukatlar gibi vekalet ehliyetine ve vekalet yetkisine kanunen sahip olan acentelerin, tıpkı davalarda ve icra takiplerinde olduğu gibi, arabuluculuk sürecinde de tarafları temsil edebileceği kabul edilmelidir.

İkinci olarak, TTK m. 105 hükmünün amaçlarından biri de, acentenin aracılık ettiği ve özellikle acentenin bizzat yaptığı sözleşmeler çerçevesinde davacının dava açmak istediği müvekkile daha kolay ulaşma imkanının tanınmasıdır. Bu sayede acentelerin aracılık ettiği ya da bizzat yaptığı sözleşmelerde, müvekkilin arabuluculuk görüşmesine katılmasının fiziken zor olduğu hallerde onu temsilen acente de arabuluculuk görüşmelerine katılabilecektir.

Üçüncü olarak acentenin arabuluculuk görüşmelerine müvekkilini temsilen katılabilmesi, müvekkil aleyhine HUAK m. 18/A/11’de düzenlenen “*Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez*” yaptırımının da uygulanmasını engeller.

Son olarak belirtmek gerekir ki, özellikle acentenin bizzat yapmış olduğu sözleşmelerde acente, söz konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak çoğu zaman müvekkilinden daha bilgilidir. Özellikle amaç, taraflar arasında bir anlaşmanın sağlanması ise, konuya ilişkin yeterli bilgisi bulunmayan (elbette konuya ilişkin acenteden bilgi edinebilecek olan) müvekkilden ziyade, daha bilgili ve uyuşmazlığa aşına acente ile birlikte arabuluculuk sürecinin işletilmesi, müvekkilin bilgisizliğinden kaynaklı endişesini ve anlaşmaya yanaşmaması tehlikesini de bertaraf etmeye elverişli olacaktır.

³⁶ “*Altıncı fıkrada, arabuluculuk müzakerelerine kural olarak tarafların bizzat katılması düzenlenmiştir. Çünkü arabuluculukta tarafların uyuşmazlığı çözmek konusunda birlikte hareket etmeleri arabulucunun taraflarla diyalog kurması önem taşımaktadır. Kendi uyuşmazlıklarını çözen tarafların bu çözümde yer almaları hem çözümü kolaylaştıracak hem de kalıcı olmasını sağlayacaktır. Ancak, tarafların bunun aksini kararlaştırabilmeleri de mümkün kılınmıştır. Özellikle tarafların uyuşmazlığı arabulucu ile çözmek istemelerine rağmen bir araya gelmelerine psikolojik engeller varsa ya da taraflardan birinin veya ikisinin farklı yerlerde bulunması söz konusu ise kendileri yerine avukatları da arabuluculuk faaliyetinde yer alabilir*” (Maddeye ilişkin hükümet gerekçesinden).

b. Acentenin Arabuluculuk Sürecinde Kullanabileceği Yetkiler

Acentenin vekalet ehliyetine ve vekalet yetkisine sahip olması, onun hakkında HMK m. 73 ve 74 hükümlerini işler hale getirir. Bir uyuşmazlık acente tarafından aracılık edilen ya da yapılan bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa (yani temsilci acente ise ve acente sözleşme yapılan hallerde bu konuda açıkça ve yazılı olarak yetkilendirildi ise), acente vekalet ehliyetine ve vekalet yetkisine sahip olacağı için, HMK m. 73'te düzenlenmiş olan yetkileri ayrıca özel olarak yetkilendirilmeden kullanabilecektir³⁷. Buna karşılık çalışma konumuz olan arabuluculuk sürecinde acentenin temsilci olarak bulunabilmesi, HMK m. 74 uyarınca özel olarak yetkilendirilmesine bağlıdır³⁸.

Müvekkil davayı bizzat kendisi de, acente aracılığı ile de açıp yürütebilir. Bu konuda davanın mutlaka acente vasıtası ile açılması ya da yürütülmesi gibi bir zorunluluk bulunmaz³⁹. Çünkü acente en nihayetinde bir temsilcidir, müvekkil adına tasarruf yetkisini ve dolayısıyla dava takip yetkisini kullanmaz. Bu çerçevede bir avukatla dava açma ya da yürütme zorunluluğu bulunmadığı gibi; davanın mutlaka acente vasıtası ile açılması ya da yürütülmesi de zorunlu değildir. Zaten TTK m. 105, 3 hükmünün mefhumu muhalifi de, bunun aksine sözleşme yapılabileceğini ortaya koymaktadır⁴⁰. Aynı durum arabuluculuk süreci bakımından da söz konusu olacaktır. Müvekkil tacir arabuluculuk sürecini bizzat kendisi de, acente aracılığı ile de başlatabilir. Bu konuda sürecin mutlaka acente vasıtası ile başlatılması ya da yürütülmesi gibi bir zorunluluk bulunmaz. Ancak acentenin arabuluculuk sürecinde müvekkili temsil edebilmesi için HMK m. 74 uyarınca *özel yetki* sahibi olması gerektiği unutulmamalıdır.

³⁷ Üçüncü, s. 978; Güner, s. 525; Narbay/Uyumaz, s.130; Daniş Akkan, s.229. Elbette bu konuda özellikle ahzu kabz yetkisine dikkat edilmesi gerekir. HMK m. 73, ahzu kabz yetkisini de kapsar. Buna karşılık TTK m. 106, 1 uyarınca "*Müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili olmadığı gibi bu işlemlerden doğan alacağı yenileyemez veya miktarını indiremez*". Burada TTK m. 106, 1 hükmünün vekalet yetkisine yönelik olarak özel hüküm teşkil etmesi karşısında, HMK m. 73 uyarınca özel yetki gerektirmeyen ahzu kabz yetkisine TTK m. 106, 1'de düzenlenen hallerde acentenin de sahip olabilmesi için özel olarak yetkilendirilmiş olması gerektiği belirtilebilir.

³⁸ Arkan, s. 218; Yılmaz, s. 1397; Kaya, s. 58; Börü, s. 122; Kavasoglu, s. 301; Pekcanitez/Taş Korkmaz, s. 678; Narbay/ Uyumaz, s. 111, 130; Üçüncü, s. 978; Selçuk, s. 82; Demirtaş, s. 96; Güner, s. 525; Daniş Akkan, s.229.

³⁹ Altay, s. 235; Narbay/Uyumaz, s. 111; Kaya, s. 51; Demirtaş, s. 96; Güner, s. 525.

⁴⁰ Altay, s. 236 vd; Daniş Akkan, s. 228; Kaya, s. 51; Demirtaş, s. 97.

Bu noktada, gerek avukatlar gerek acenteler bakımından, özellikle dava şartı arabuluculuğun söz konusu olduğu hallerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve özellikle arabuluculuğa başvuru için özel yetki aranmasının, dava şartı arabuluculuk uygulamasının bu kadar yaygınlaştığı Türk hukukunda artık pratik bir anlamının bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu konuda en azından dava şartı arabuluculuğun söz konusu olduğu hallerde arabuluculuğa gidilmesinin HMK m. 73 uyarınca kanuni vekalet yetkisi kapsamına alınması yerinde olacaktır.

D. ACENTENİN ARABULUCULUK SÜRECİNDE MÜVEKİLİNİ TEMSİL YETKİSİ BAKIMINDAN DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN BAZI HUSUSLAR

a. Acentenin Arabuluculuk Sürecine Başvurabilmesi/Başvurma Zorunluluğu

HUAK m. 1/2 uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiği özel hukuk uyuşmazlıkları, arabuluculuk yöntemi ile çözüme kavuşturulmaya çalışılabilir. Öte yandan, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3, TTK m. 5/A ve TKHK m. 73/A düzenlemeleri çerçevesinde, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması bir özel dava şartıdır.

Acentenin temsil yetkisi ile ilgili olarak karşımıza daha çok ticari uyuşmazlıklarla tüketici uyuşmazlıkları çıkacaktır. TTK m. 5/A ve TKHK m. 73/A uyarınca konusu belirli bir miktar paranın ödenmesi olan ticari davalarla tüketici davalarını açmadan önce arabuluculuğa başvuru bir dava şartıdır. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklar, acentenin aracılık ettiği ya da doğrudan kendisinin yaptığı sözleşmelerden kaynaklanıyor ise, müvekkile izafeten acenteye karşı dava açılması ya da acentenin aynı şekilde müvekkile izafeten dava açması öncesi arabuluculuk sürecinin işletilmesi gerekir⁴¹. Aksi halde açılan dava, dava şartı yokluğundan reddedilecektir ve bu dava şartı, tamamlanabilir bir dava şartı değildir.

b. Acentenin Arabuluculuk Yoluna Başvurması Usulü

Acentenin müvekkile izafeten arabuluculuk yoluna başvurusu ile bir avukatın başvurusu arasında herhangi bir fark bulunmaz. Acente de arabuluculuk başvurusunu yetkili arabuluculuk bürosuna yapmak durumundadır. Acente başvuru yaparken,

- Acente sıfatı ile ve TTK m. 105/2 çerçevesinde kendisine tanınmış olan yetki çerçevesinde başvuru yaptığını belirtmek,

⁴¹ Bu yönde bkz. **Hasırcı/Tekin**, s. 131, 132.

- Kendisinin yetkili acente olduğuna ve uyuşmazlığın kendi aracılık ettiği ya da bizzat yaptığı sözleşmeden kaynaklandığına ve özellikle bizzat yaptığı sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da bu konuda özel olarak yetkilendirildiğine dair belgeleri,

başvurusu ile birlikte büroya sunmak zorundadır. Bu konuda bir eksikliğin söz konusu olmaması, daha sonra dava açıldığında arabuluculuk sürecinin usulüne uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediği konusunda bir sorun ile karşılaşılmasını da engelleyecektir.

aa. Acentenin Arabuluculuk Yoluna Başvururken Temsile Yetkili Olduğunu İspat Yükü Altında Olup Olmadığı Sorunu

Acentenin dava açarken temsile yetkili olduğunu ispat yükü altında olup olmadığına ilişkin doktrinde ileri sürülen iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre acente, *“dava açma yetkisini kullanırken, kendisinin acente olduğunu belirtmek ve böylece kanunun kendisine tanıdığı temsil yetkisini kullandığını ortaya koymak, bir başka deyişle ispatlamak zorundadır”*⁴². İkinci görüşe göre ise *“karşı taraf acentelik sıfatını tartışmaya açtığında, bunun hâkim tarafından re’sen sınanması gerekir, bunun da esasa girmeden önce yapılması zorunludur”*⁴³.

Belirtmek gerekir ki, acentenin kullandığı yetkinin davaya vekalet ehliyeti ve vekalet yetkisi olduğu ve avukattan bu konuda farklı olmadığı düşünüldüğünde, acentenin müvekkiline izafeten dava açabilmesi ya da ona karşı aynı sıfatla dava açılabilmesi için aranan şartlar, avukatlara paraleldir. Avukatlar, baroya kayıtlı vekalet ehliyetine sahip olur ve mahkemeye geçerli bir vekaletname sunmak zorundadırlar. Her iki şart da (hem vekalet ehliyetine hem de geçerli vekaletnameye sahip olma) HMK m. 114 uyarınca bir dava şartıdır. Acenteler de TTK m. 105 uyarınca, acente olarak, uyuşmazlığın doğduğu sözleşmeye aracılık ederek ya da sözleşmeyi bizzat yaparak, sözleşmeyi bizzat yaptığı hallerde de yazılı ve açık olarak bu konuda görevlendirilerek vekalet ehliyetine ve vekalet yetkisine sahip olurlar. Bu şartlar dava şartı teşkil ettiği için resen gözetilir ve taraflarca da eksikliği her zaman ileri sürülebilir⁴⁴. Bu konuda soyut ispat yükünün varlığından bahsedilebilse dahi, hakim resen araştırma görevi dolayısıyla acentenin yetkisinin varlığı bakımından somut ispat yükü (delil ikame yükü)

⁴² **Ulgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 636.

⁴³ **Altay**, s. 243, dn. 59; **Demirtaş**, s. 88; **Güner**, s. 526; **Türkel**, s. 1111.

⁴⁴ Mahkemenin acentenin uyuşmazlığın doğduğu sözleşmeyi bizzat yapmış veya aracılık etmiş olması şartını esasa girmeden önce incelemesi ve bu şartın yokluğu halinde davayı esasa girmeden dava şartı yokluğundan reddetmesi gerekir (**Altay**, s. 230, 255). Burada dava şartı yokluğu, davaya vekâlet ehliyetinin yokluğundan kaynaklanır (**Türkel**, s. 1112). *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

bulunmaz. Zira hakim, dava şartlarını resen, talep olmaksızın, yargılamanın her aşamasında gözetebilir.

Arabuluculuk süreci bakımından konuya yaklaşıldığında ise durum farklıdır. Acente, yetkili temsilci olarak arabuluculuk sürecine katılabilmesi için,

- acente olduğuna,
- arabuluculuğa götürülmüş olan uyuşmazlığın doğduğu sözleşmeye aracılık edildiğine ya da sözleşmeyi bizzat yaptığına,
- sözleşmenin bizzat yapıldığı hallerde yazılı ve açık olarak bu konuda görevlendirildiğine ve nihayet,
- HMK m. 74 uyarınca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmayaya dair özel olarak da yetkilendirildiğine

ilişkin bilgi ve belgeleri arabulucuya sunmak zorundadır. Arabulucu da sürecin sıhhati açısından bu belgelerin varlığını gözetmek zorundadır. Burada bir yargılama yapılmadığı için ispat yükünün tartışılmasına gerek bulunmaz. Ancak sürecin sıhhati için avukatlardan avukatlık kimliğini ve özel vekaletnameyi sormak zorunda olan arabulucu; acenteler bakımından da bunun karşılığı olan bilgi ve belgeleri istemeli; bunların eksikliği halinde acenteyi arabuluculuk sürecine temsilci olarak dahil etmemelidir.

bb. Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Arabuluculuk Yoluna Başvuru

aaa. Genel Olarak

Müvekkile izafeten acenteye karşı arabuluculuk başvurusu yapıldığı hallerde, tıpkı davalarda olduğu gibi, mutlaka “*müvekkile izafeten*” başvuru yapıldığının, onun TTK m. 105, 2 uyarınca vekil olduğunun ve taraf olmadığının, tarafın müvekkil olduğunun açıkça belirtilmesi şarttır. Aksi halde, yani arabuluculuk başvurusunun taraf olarak yalnızca acenteye ya da acente ile birlikte müvekkile karşı yapıldığı hallerde, çeşitli sorunlar gündeme gelebilir.

bbb. Başvuruda Taraf Olarak Yalnızca Acentenin ya da Acente ile Birlikte Müvekkilin Gösterilmesi

aaaa. Dava Açılırken Taraf Olarak Yalnızca Acentenin ya da Müvekkile Birlikte Acentenin Gösterilmesi

Daha önce de vurgulandığı üzere, acentenin aracılık ettiği ya da onun yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda acente taraf sıfatına sahip değildir, yalnızca temsil yetkisi kullanır⁴⁵ ve bunun usul hukukundaki

⁴⁵ Tekin, Ücret Hakkı, s. 38.

yansıması da davaya vekalettir⁴⁶. Bu sebeple acentenin aracılıkta bulunduğu veya bizzat akdettiği bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık nedeniyle ucuncu kişi müvekkile izafeten acente aleyhine dava açarken bu durumu açıkça belirtmelidir⁴⁷. Bir başka deyişle acentenin uyuşmazlıkta taraf değil temsilci olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bu konuda bir eksiklik halinde, esasen sorun sığata ilişkin bir sorun olacağı için, HMK m. 115, 2 hükmü uygulanmaz ancak hakimin davayı aydınlatma ödevi devreye girebilir. Bu ödev çerçevesinde hakim, acenteye karşı açılan davanın doğrudan taraf olarak mı yoksa müvekkile izafeten mi açılıp açılmadığını belirlemelidir. Davanın müvekkil yerine acenteye karşı açıldığı ve bu durumun mahkemece tespit edildiği hallerde ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine yönelik baskın görüş, esastan ret kararı verilmesi yönündedir⁴⁸. Bu görüş çerçevesinde davanın müvekkille birlikte acenteye (her ikisi de taraf olarak) açılması halinde de, davalar ayrılmalı ve acente hakkındaki davada esastan ret kararı verilmelidir⁴⁹.

Narbay/Uyumaz'a göre ise, davanın doğrudan doğruya acenteye açılması durumunda davanın husumet yokluğundan reddi yerine, usul ekonomisine uygun olması sebebiyle hâkimce re'sen davacıya süre verilerek sözleşme akdedilen asıl taraf olan acentenin müvekkiline yöneltilmesi

⁴⁶ Bu noktada birbiri ile karıştırılan bazı kavramlara değinmekte fayda vardır. Konuya ilişkin olarak doktrinde, "*acentenin muvekkilini temsil ettiği davada muvekkilin taraf ehliyetinin bulunduğu, çünkü açılan davanın asıl tarafının, yine muvekkil ve müşteri olduğu, aynı şekilde, muvekkilin dava ehliyetini de haiz olduğu*" belirtilmektedir. (**Güner**, s. 528). Müvekkile karşı açılan davada taraf ve dava ehliyetinin yine müvekkile ait olduğu yönündeki bu açıklamalar doğru olmakla birlikte, yanlış yorumlanabilecek niteliktedir. Belirtmek gerekir ki, şekli taraf teorisinin kabul edildiği medeni usul hukukunda, dava kime karşı açılıyorsa davalı odur ve bu davalının taraf ve dava ehliyetlerine sahip olması gerekir. Bu davalı, eğer hak ve fiil ehliyetine sahipse, taraf ve dava ehliyetlerine de sahip olur. Müvekkil yerine yanlışlıkla acentelere karşı dava açıldığı hallerde, acentelerin de taraf ve dava ehliyeti bulunur. Acentelerin bu davalarda sahip olmadıkları, taraf sıfatıdır.

⁴⁷ **Arkan**, s. 219; **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 636; **Kaya**, s. 55; **Kayhan**, s. 192; **Narbay/Uyumaz**, s. 112.

⁴⁸ **Altay**, s. 233; **Kaya**, s. 53; **Üçüncü**, s. 976; **Demirtaş**, s. 98. "*TTK.nun 105/2. maddesi hükmüne göre, acentenin aracılıkta bulunduğu veya akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardan dolayı acenteye karşı doğrudan dava açılmaz, icra takibi yapılamaz, asaleten husumet yöneltilemez. Olması gereken, acentenin muvekkiline karşı husumetin yöneltilmesidir. Somut olayda da davalı, acente aleyhine değer kaybının tahsili amacıyla dava açılmıştır. Açıklanan şahsi hususuna da dayanılmadığına göre davalı acente hakkında, davanın husumetten reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetli olmamıştır*" (17. HD. 09.06.2016 T. E: 4261, K: 7060: E-Uyar).

⁴⁹ **Altay**, s. 233; **Kaya**, s. 55; **Üçüncü**, s. 981; **Güner**, s. 527.

hususunun bildirilmesi, bunun yapılması halinde davanın görülmesi, aksi hâlde ise reddine karar verilmesi gerekir⁵⁰.

Yargıtay'ın ise bu gibi hallerde müvekkile tebligat yapılarak taraf teşkilinin sağlanması gerektiğine yönelik kararları bulunduğu gibi⁵¹; söz konusu eksikliğin gerek HMK m. 119 gerek HMK m. 124'ten yararlanılarak giderilmesinin mümkün olmadığına dair kararları da mevcuttur⁵².

Kanaatimce de bu gibi hallerde HMK m. 119'a başvurarak söz konusu yanlışlığın giderilmesi mümkün değildir. Çünkü HMK m. 119, davanın taraflarındaki “eksikliğin” kesin süre verilerek giderilmesine ilişkin bir hükümdür. Müvekkile izafeten değil de taraf olarak doğrudan acentelere karşı dava açıldığı hallerde ortaya çıkan sorun ise, tarafların hiç ya da eksik gösterilmesi değil, yanlış gösterilmesidir. Öte yandan ve tam da bu sebeple, “*Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf*

⁵⁰ Narbay/Uyumaz, s.116.

⁵¹ “...acenteye müvekkili namına husumet yöneltilmesi ancak aracılık ettiği işlerle sınırlı olup, somut olayda davalının dava konusu taşıma işinde acente sıfatıyla aracılık yapmadığına yönelik savunmasının üzerinde durulmadan sonuca varılması doğru olmamıştır. Bu durumda, mahkemece davalının söz konusu taşıma işinde davalı şirket acentesi sıfatıyla aracılık faaliyeti yapıp yapmadığı konusunda taraf delilleri toplanarak, K... Trans. Nak. Turz. ve Tic Ltd. Şti.'nin davalının acentesi olmadığına saptanması halinde davalı şirkete tebligat yapılmak suretiyle taraf teşkilinin sağlanması, ancak bundan sonra esasa girilmesi gerekirken, mahkemece yukarıda açıklanan hususlara ilişkin araştırma ve değerlendirme yapılmadan eksik inceleme ve yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir” (11.HD. 07.12.2015 T. E: 5330, K: 13046: E-Uyar).

⁵² “davanın eTTK m.119/2- yTTK m.105/2'ye göre acente sıfatıyla A. D.cilik ve Nakliyat A.Ş'ye açılması gerektiği, ancak doğrudan A. D.cilik ve Nakliyat A.Ş'ye dava açıldığı, yine takibinde doğrudan A. D.cilik ve Nakliyat A.Ş'ye karşı yapıldığı, pasif husumet ehliyetinin bu dava ve takipte bulunmadığı, bu durumun HMK m. 119 ve 124'e göre düzeltilmesinin de mümkün olmadığı, davacının dava konusu yapmış olduğu alacağının borçlusu Y. Marine Transport Corporation olduğundan davacı-sigortacının bu taşıyıcıya izafeten acentesine dava açmadığı ve takip yapmadığı, davanın ve takibin doğrudan doğruya acenteye karşı açıldığı gerekçesiyle pasif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir” (11. HD. 25.04.2016 T. E: 946, K: 4616:E-Uyar); “Somut uyuşmazlığa uygulanması gereken mülga 6762 sayılı TTK'nın 119/2. maddesi gereğince acente aleyhine ancak müvekkiline izafeten dava açılabilir. Doğrudan hasım gösterilerek acente aleyhine dava açılmaz. Bu durumda, mahkemece davalı Banka'nın acente sıfatıyla hareket ettiği ve acente aleyhine doğrudan hasım gösterilerek dava açılmayacağı nazara alınarak mümeyyiz davalı banka hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir” (11.HD. 24.11.2015 T. E:12226,K: 12443: E-Uyar).

değişikliği talebini kabul edebilir” hükmünü ihtiva eden HMK m. 124, 4 düzenlemesinin bu gibi hallerde uygulama alanı bulabilmesi gerekir.

bbbb. Arabuluculuğa Başvururken Taraf Olarak Yalnızca Acentenin ya da Müvekkille Birlikte Acentenin Gösterilmesi

Arabuluculukta bir yargılama yapılmadığı ve karar verilmediği için, arabuluculuğa başvurulurken taraf olarak acentenin ya da müvekkille birlikte acentenin gösterilmesi halinde, dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunur.

Öncelikle, arabuluculuk süreci de acenteye karşı başlatılıyorsa, acentenin bu süreçte temsilci olduğu açıkça belirtilmelidir. Uyuşmazlığın karşı tarafı olarak *yalnızca* acentenin gösterilmesi ve ona karşı arabuluculuk sürecinin başlatılması, esasen sorumluluk altında olmayan bir üçüncü kişiye karşı arabuluculuk sürecinin başlatılması anlamına gelir ve bu sürecin müvekkil üzerinde herhangi bir etkisi bulunmaz. Böyle bir süreçte acente temsilci olabilmekle birlikte, taraf olamaz. Taraf olamadığı için de acentenin tek başına parçası olacağı bir arabuluculuk süreci, ne müvekkille karşı açılacak olan davada dava şartı arabuluculuktaki dava şartını karşılar ne de gerçekleşen anlaşma, müvekkil hakkında icra edilebilir.

Acente ile birlikte müvekkilin taraf gösterildiği hallerde de benzer bir yorumu yapmak gerekir. Arabuluculuk bürosuna yapılan başvuruda acente ile birlikte müvekkil taraf olarak gösterildiğinde, arabuluculuk bürosu, kendisine yapılan beyanla bağlı olarak görevlendirmeyi gerçekleştirir⁵³. Bu durumda sorunu çözmesi gereken, arabulucu olacaktır. Bu noktada da arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelir. HUAK m. 11 uyarınca “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür*”. Arabulucu, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, birden fazla kişiye karşı arabuluculuk sürecine başvurulması dolayısıyla ortaya çıkan arabuluculuk arkadaşlığı hakkında tarafları bilgilendirmeli; başvuranları uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturabilecek kişilerin bir araya gelmemiş olmasının arabuluculuk sürecine, anlaşmanın geçerliliğine, icra edilebilirliğine etkileri hakkında aydınlatmalıdır (HUAK m. 11; HUAKY m. 14/1 ve m. 14/2)⁵⁴. Arabulucu, süreçte acentenin sorumlu olarak değil yalnızca temsilci olarak bulunması için başvuru yapıldığını ve acentenin söz konusu uyuşmazlıkta esasen bir taraf olarak gösterilmek istenmediğini anladığında bu durumu taraflara

⁵³ Koçyiğit/Bulur, s. 50.

⁵⁴ Demir, s. 302.

açıklamalı; eğer temsil yetkisine ilişkin acentenin gerekli belgeleri bulunuyorsa, onu temsilci olarak müvekkile ait arabuluculuk sürecine dahil etmeli ve bu durumu tutanak altına almalıdır. Buna karşılık durumun başvuruca anlatılmasına rağmen arabuluculuk sürecinin taraf olarak hem acenteye hem de müvekkile karşı devam edilmek istenmesi halinde, arabulucu bir yargılama yapmadığı ve dosyayı ayırıp esastan ret kararı veremeyeceği için, arabuluculuk sürecine ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı olarak devam edilme zorunluluğu ortaya çıkar⁵⁵. Ancak bu durum, yukarıda da belirtildiği üzere, bir anlaşmaya varılsa dahi, anlaşma tutanağın icra edilebilirliğine ilişkin sorunları beraberinde getirir⁵⁶.

Elbette bu durum, acentenin müvekkile birlikte sorumlu olmadığı, sorumluluğun yalnızca müvekkile ait olduğu hallerde söz konusudur⁵⁷. Acentenin müvekkile birlikte sorumlu olduğu hallerde yalnızca acenteye ya da hem acente hem müvekkile karşı arabuluculuk sürecinin işletilmesi mümkündür.

ccc. Acentenin Bulunduğu Yerde Arabuluculuk Sürecinin Başlatılması Halinde Kesin Yetkinin Gündeme Gelip Gelmeyeceği ve Bu Yetkinin Arabuluculukta Gözetilip Gözetilmeyeceği Meseleleri

aaaa. Acentenin Bulunduğu Yer Mahkemesinin Kesin Yetkisinin Bulunup Bulunmadığı Meselesi

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 110, II uyarınca, “*Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir*”.

⁵⁵ Bu konuda bkz. **Demir**, s. 295 vd.

⁵⁶ **Demir**, s. 304 vd. **Demir**'e göre, HUAK m. 17, 1, b uyarınca, ihtiyari arabuluculuk arkadaşı olarak hareket edilemeyecek hallerde gerek kendisiyle aynı tarafta bulunanlar gerekse uyuşmazlığın diğer yanı tarafından muhatap kabul edilen kişiler bakımından arabulucu, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle arabuluculuk sürecini sonlandırabilmelidir (**Demir**, s. 303). Mecburi arabuluculuk arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde, bu yorumu yapmak çok daha kolaydır çünkü o hallerde taraflar hep birlikte hareket etmediği müddetçe maddi hukuk anlamında da bir sonucu ortaya çıkarma imkanı bulunmaz ve sürecin yetkisiz kişilerce devam ettirilmesinin bir anlamı yoktur. Ancak ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Çünkü bu halde birden fazla taraf ve birden fazla uyuşmazlık bulunur ve her taraf kendisine ilişkin olarak ayrı ayrı anlaşmalar yapabilir. Kanaatimce böyle bir halde doğru olan, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirildikten sonra, sürecin aynı şekilde devam edilmesinde ısrar edilmesi halinde sürece devam etmek ve durumu tutanak altına almaktır.

⁵⁷ **Altay**, s. 234; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 637; **Demirtaş**, s. 98.
YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

Öncelikle bu yetki kuralının, yalnızca karayolları trafik kanunu çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda söz konusu olduğunun belirtilmesi gerekir. Karayolları Trafik Kanunu ile ilgisi bulunmayan acentelik ilişkilerinde, acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olamaz. Çünkü Anayasa m. 142 uyarınca yetki, ancak Kanun ile düzenlenir ve gerek idarenin düzenleyici işlemleri gerek yorum yoluyla yetki kuralı yaratılamaz.

Doktrinde, acentenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin müvekkil tarafından tartışılmayacağı ifade edilmektedir⁵⁸. Bunun anlamı, ucuncu kişinin müvekkile izafeten acentenin bulunduğu yerde dava açması olasılığında, müvekkil kendisi davayı takip etmek üzere acenteyi davadan el çektirmiş olsa bile, acentenin bulunduğu yer mahkemesinin bu davadaki yetkisinin kaldırılmamasıdır. Yani dava, acentenin bulunduğu yer mahkemesinde görülmeye devam edilir.

Demirtaş bu konuda acentenin bulunduğu yer mahkemesi bakımından “*mutlak yetkili*” ifadesinin aslında “*kesin yetkili*” mahkemeyi ifade ettiğini belirtmektedir⁵⁹. Burada öncelikle iki sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, acentenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisine yorum yoluyla ulaşılmasıdır. Anayasa m. 142 uyarınca mahkemelerin yetkisi, Kanun’la düzenlenir ve yorum yoluyla yaratılamaz. Buna ek olarak yorum yoluyla kesin yetki, yani kamu düzenine ilişkin bir hüküm koyulması ise hiçbir şekilde mümkün değildir. Acentenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması halinde müvekkilin bunu tartışma konusu edememesi, mahkemenin yetkili olmasının bir sonucudur, mahkemenin kesin yetkili olmasının bir sonucu değildir. Mahkeme yetkili ise, bu yetki kesin olmasa bile müvekkil yetkiye itiraz edemez.

bbbb. Yetkisiz Arabuluculuk Bürosuna Başvuru Hali

Arabuluculuk işlemleri temelde belirli bir miktar para ödenmesine ilişkin olduklarından ve bu konularda da kural olarak kesin yetki bulunmadığından, arabuluculukta kesin yetki sorunu sıklıkla gündeme gelmez. Öte yandan istisnalar da elbette bulunmaktadır. İş uyuşmazlıklarında, HMK m. 14, 2 uyarınca ortaklığın üyelere/ortaklara, üyelerin/ortakların ortaklığa ve üyelerin/ortakların birbirlerine karşı açacakları davalar ile HMK m. 15, 2 uyarınca hayat sigortalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda kesin yetki bulunur. Acenteler bakımından gündeme gelmesi en olası olan kesin yetki kuralı ise HMK m. 15, 2 hükmü olacaktır. Hayat (can) sigortalarına ilişkin

⁵⁸ Altay, s.236. Narbay/Uyumaz, s. 112.

⁵⁹ Demirtaş, s. 97.

olarak sigorta ettirenin, sigortalının ya da lehtarın leh ve aleyhine açılacak olan davalarda bunların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir.

Dava şartı arabuluculuk sürecinde başvurunun uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılması gerekmektedir. (HUAK m. 18A/4). Kesin yetkinin söz konusu hâllerde, sadece kanun koyucunun belirttiği yerdeki mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosu yetkili kabul edilir⁶⁰.

Dava şartı arabuluculuğa tabi olan ve acentenin sigorta şirketini temsil ettiği bir süreç söz konusu olduğunda, dava şartı arabuluculuk süreci işler ve hayatın olağan akışı gereği şirkete karşı başvuru yapan sigortalı, sigorta ettiren ya da lehtar kendi ikametgahının bulunduğu arabuluculuk bürosuna başvurur ve ortaya bir sorun çıkmaz. Ancak elbette bu kişilerin yetkisiz arabuluculuk bürosuna başvurması mümkündür. Bu durumda nasıl hareket edilmesi gerekir?

Uyuşmazlık konusuna göre yetkili arabuluculuk bürosunun yetkisinin belirlenmesinde, arabuluculuğa başvuran tarafın yazılı beyanı esas alınır ve buna göre görevlendirme yapılır. Arabuluculuk bürosu yetki konusunda bir değerlendirme yapamaz⁶¹. Ek olarak, arabuluculuk sürecinde bir yargılama yürütülmediği için mahkeme gibi arabulucunun bir yetkisizlik kararı vermesi gerektiğini söylemek mümkün değildir.

Yetki sorununun arabuluculukta nasıl çözüleceğini HUAK m. 18/A/8 hükmü düzenlemiştir. Maddeye göre, “*Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda en geç bir hafta içinde yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı büro tarafından 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve dokuzuncu fıkrada belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma*

⁶⁰ Koçyiğit/Bulur, s. 50.

⁶¹ Koçyiğit/Bulur, s. 50.

tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büro, beşinci fıkra uyarınca arabulucu görevlendirir”.

Burada belirtmek gerekmektedir ki, arabulucu, uyuşmazlığın konusuna göre kesin yetkinin söz konusu olduğu durumlar da dâhil olmak üzere, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Büronun yetkisizliğini ileri sürmek hak ve yetkisi karşı tarafa aittir⁶². Bu sebeple de somut olayda davaya bakacak olan mahkemenin yetkisi kesin olsun ya da olmasın, arabuluculuk sürecinde yetkili olmayan arabuluculuk bürosuna başvurulması halinde bu durumun resen gözetilmesi mümkün olmayıp; karşı taraf en geç ilk toplantıda, uyuşmazlığın konusuna göre yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir.

ddd. Acentenin Katılımı ile Yapılan Anlaşma Tutanağının, İlam Niteliğinde Belge Niteliği Taşıyıp Taşımadığı Meselesi

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18, 2). Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/4).

Bu hükümlerin, acentenin temsilci olarak yer aldığı arabuluculuk süreçlerinde de uygulama alanı bulması gerekir. Öncelikle yalnızca tarafların imzaladığı bir anlaşma tutanağı, sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınması halinde ilam niteliğinde belge niteliği kazanır. Bunun için yapılacak olan incelemede diğer şartlarla birlikte⁶³, özellikle acentelerle ilgili olarak sulh hukuk mahkemesi, şerh talebinde bulunan acentenin temsil yetkisine sahip olup olmadığını ve acentenin HMK m. 74 uyarınca özel olarak yetkilendirilip yetkilendirilmediğini incelemelidir. Eğer bir eksiklik söz konusu değil ise icra edilebilirlik şerhi verilmeli ve anlaşma tutanağına ilam niteliğinde belge niteliği kazandırılmalıdır.

⁶² Koçyiğit/Bulur, s. 54.

⁶³ Yapılacak olan incelemeye ilişkin bkz. Demir, s. 307 vd.
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

Acente, temsil yetkisi kapsamında vekil ile aynı yetkilere sahip olduğu için, her iki tarafın da avukatları gibi acentelerinin ve tarafların imzaladığı anlaşma tutanakları, ilam niteliğinde belge teşkil etmelidir. Elbette böyle bir belge ile ilamlı icra takibi başlatılmak istendiğinde, belgenin ilam niteliğinde belge olup olmadığını icra dairesi resen gözetir. İcra dairesi, acentenin temsil yetkisine sahip olup olmadığını ve acentenin HMK m. 74 uyarınca özel olarak yetkilendirilip yetkilendirilmediğini inceler. Bu konuda bir eksikliğin varlığı halinde ise gönderilen icra emrine karşı süresiz şikayet yoluna gidilebilir⁶⁴.

SONUÇ

Acentenin temsil yetkisini düzenleyen TTK m. 105 uyarınca, acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Söz konusu hüküm çerçevesinde acenteler, aracılıkta buldukları veya bizzat yaptıkları sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda vekalet ehliyetine ve yetkisine sahiptir. Ancak bu madde acentelere yalnızca bir davada müvekkili vekil sıfatıyla temsil etme yetkisi vermez; acente söz konusu yetkisini geçici hukuki himaye tedbirlerinde de, icra takiplerinde de kullanabilir. Paralel şekilde, acentenin bu yetkisini bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculukta da kullanabilmesi gerekir.

Elbette arabuluculuk sürecine acentenin katılması ve bu süreçte kullanılacak yetkiler, arabuluculuğun yapısına uygun şekilde tespit edilmelidir. Öncelikle, acentenin arabuluculuk sürecine katılabilmesi için, HMK m. 74 uyarınca özel olarak yetkilendirilmesi gerekir. Çalışmada varılan sonuçlardan biri, bu kuralın özellikle dava şartı arabuluculuk hükümleri çerçevesinde bugün sahip olduğumuz dava şartı arabuluculuk sistemine uygun olmadığıdır. İhtiyari arabuluculuk ele alındığında HMK m. 74 çerçevesinde özel yetkinin aranması haklı kılınabilir ve gerekçelendirilebilir; ancak özellikle dava şartı arabuluculukta taraf vekilliği için özel yetkinin varlığının aranması isabetsizdir. Dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi bir dava şartı ise, yani bu yola mutlaka başvurulması gerekiyorsa, bu konuda özel yetkinin aranması anlamsızdır.

Acente müvekkili adına vekil sıfatıyla arabuluculuk sürecine başvururken ya da müvekkile izafeten acenteye karşı arabulucuya başvurulurken bu

⁶⁴ **Bakır**, s. 53; **Fırat**, s. 129. Elbette yine, acentenin müvekkille birlikte müteselsilen sorumlu olduğu haller hem konumuz hem de bu anlatılanlar dışında kalır.

durum açıkça belirtilmeli ve duruma ilişkin bilgi ve belgeler arabuluculuk bürosuna ve görevlendirilmiş arabulucuya sunulmalıdır. Belgelerdeki eksiklik, acentenin vekil olarak sürece dahil edilmesini engeller.

Arabuluculuk sürecine başvururken taraf olarak yalnızca acentenin ya da müvekkille birlikte acentenin gösterildiği hallerde, arabulucu bir yargılama yapmadığı ve hüküm vermediği için, sürecin arabulucu tarafından aydınlatılması gerekir. Arabulucu, süreçte acentenin sorumlu olarak değil yalnızca temsilci olarak bulunması için başvuru yapıldığını ve acentenin söz konusu uyuşmazlıkta esasen bir taraf olarak gösterilmek istenmediğini anladığında bu durumu taraflara açıklamalı; eğer temsil yetkisine ilişkin acentenin gerekli belgeleri bulunuyorsa, onu temsilci olarak müvekkile ait arabuluculuk sürecine dahil etmeli ve bu durumu tutanak altına almalıdır.

Acente, temsil yetkisi kapsamında vekil ile aynı yetkilere sahip olduğu için, her iki tarafın da avukatları gibi acentelerinin ve tarafların imzaladığı anlaşma tutanakları, ilam niteliğinde belge teşkil etmelidir. Elbette böyle bir belge ile ilamlı icra başlatılmak istendiğinde, belgenin ilam niteliğinde belge olup olmadığını icra dairesi resen gözetilir, acentenin temsil yetkisine sahip olup olmadığını ve acentenin HMK m. 74 uyarınca özel olarak yetkilendirilip yetkilendirilmediğini inceler. Bu konuda bir eksikliğin varlığı halinde ise gönderilen icra emrine karşı süresiz şikayet yoluna gidilebilir.

Benzer şekilde acentenin vekil olarak katıldığı ve fakat yalnızca tarafların imzaladığı anlaşma tutanakları için sulh hukuk mahkemesine başvurulduğunda, şerh talebinde bulunan acentenin temsil yetkisine sahip olup olmadığı ve acentenin HMK m. 74 uyarınca özel olarak yetkilendirilip yetkilendirilmediği incelenmelidir. Eğer bir eksiklik söz konusu değil ise icra edilebilirlik şerhi verilmeli ve anlaşma tutanağına ilam niteliğinde belge niteliği kazandırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aksoy, S.:** Konişmentodaki Yetki Şartının Geçerliliği Meselesi (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ocak 2021, s. 283-337).
- Altay, S. A.:** Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi (Fırat Öztan'a Armağan, Cilt 1, s. 223-273, Ankara 2010).
- Arkan, S.:** Ticari İşletme Hukuku, 24. B., Ankara, 2018.
- Arslan, R. / Yılmaz, E. / Taşpınar Ayvaz, S. / Hanağası, E.:** Medeni Usul Hukuku, 7. B., Ankara 2021.
- Bakır, R. A.:** Para Alacağı Dışındaki İlâmların İcrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010.

- Bornheimer, J. / Park, A.:** Stellung und Verpflichtungen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und Sachverständigen im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung, NZI 2018, 877 vd.
- Börü, L.:** Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekalet Ehliyeti, Ankara 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Budak, A. C. / Karaaslan, V.:** Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2021.
- Danis Akkan, C.:** Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Etme Yetkisi (BATİDER 2008, C. 24, S. 4, s. 219-236).
- Demir, Ş.:** Arabuluculuk Arkadaşlığı (Ankara Barosu Dergisi, Yıl 20132, s. 291-314).
- Demirtaş, N.:** Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Etmesi (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 1 - Haziran 2019, s. 83-109).
- Deren Yıldırım, N.:** Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- Dişel, B.:** Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020.
- Domaniç, H.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I, İstanbul 1988.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Ankara 2012.
- Erişir, E.:** Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Fırat, E.:** Özel Kanunlarda Düzenlenen İlam Niteliğinde Belgeler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2015.
- Hanağası, E.:** Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Hasırcı, H. / Tekin, U.:** Evaluation of the Turkish Commercial Code art. 5/A Related to Mediation as a Procedural Requirement in Commercial Actions, Law and Justice Review, Year: 10, Issue: 19, December 2019, s. 119-141.
- Kalpsuz, T.:** Müvekkillerine İzafen Acentelere Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması (BATİDER 1983, C. 7, S. 1, s. 1-11).
- Kavasoglu, A.:** Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007).
- Kaya, A.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Birinci Kitap - Ticari İşletme - Acentelik, 2. B., İstanbul 2016.
- Kayihan, Ş.:** Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. B., Ankara, 2018.
- Kınacıoğlu, N.:** Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963.
- Koçyiğit, İ. / Bulur, A.:** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- Kuru, B.:** Dava Şartları (Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 109-147).

- Narbay, S. / Uyumaz, M.:** Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi (Legal Hukuk Dergisi, 2013, C. 11, S. 121, s. 101-143).
- Önen, E.:** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Pekcanitez, H. / Meriç, N.:** Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. B., İstanbul 2020.
- Platzer, M.:** Datenschutz in der Insolvenz [Fridgen, A. / Geiwitz, A. / Göpfert, B. (Hrsg): BeckOK Insolvenzrecht, 24. Ed., München 2021].
- Poroy, R. / Yasaman, H.:** Ticari İşletme Hukuku, 17. B., İstanbul 2018.
- Postacıoğlu, İ.:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Selçuk, S.:** Dava Vekaletnameleri, Ankara 2011.
- Sungurtekin Özkan, M.:** Avukatlık Mesleği – Avukatın Hak Ve Yükümlülükleri, 3. B., İzmir 2012.
- Tanrıver, S.:** Medeni Usul Hukuku, C. I, 2. B., Ankara 2018 (**Tanrıver - Usul**).
- Tanrıver, S.:** Noterlik Açısından Vekalet (Temsil), 2. B., Ankara 2001.
- Tekin, U.:** Acentenin Ücret Hakkı, Ankara 2018 (**Tekin - Ücret Hakkı**).
- Tekin, U.:** Acentenin Tahsil Komisyonu Talep Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), 2019, s. 362-370 (**Tekin - Tahsil**).
- Tekin, U.:** Tacir Yardımcılarının BağımsızlığınınTayininde Bir Yol Gösterici: Alman Ticaret Kanunu § 84.1-Karşılaştırmalı Bir İnceleme-, Batider 2019/4, s. 129-147 (**Tekin - Bağımsızlık**).
- Thole, C.:** Der (vorläufige) Insolvenzverwalter als Verantwortlicher i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO (ZIP 2018, Heft 21, s. 1001-1012).
- Türkel, D. T.:** Müvekkile İzafeften Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukuki Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar (Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 1105-1122).
- Üçüncü, S. H.:** Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII, 1-2, 2013, s. 961-996).
- Ulgen, H. / Helvacı, M. / Kendigelen, A. / Kaya, A. / Nomer Ertan, F. N.:** Ticari İşletme Hukuku, 5. B., İstanbul 2015.
- Üstündağ, S.:** Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- Vardar Hamamcıoğlu, G.:** Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.
- Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I-III, 3. B., Ankara 2017.

*** KİRA SÖZLEŞMESİNİN TBK M. 351'E GÖRE FESHEDİLMESİ
NEDENİYLE KİRACININ ESKİ MALİKİTEN TAZMİNAT TALEBİ
(THE LESSEE'S CLAIM FOR COMPENSATION FROM THE PREVIOUS OWNER
FOR THE TERMINATION OF THE LEASE CONTRACT ACCORDING TO ART. 351 OF
TCO)**

Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı * **

ÖZ

Kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralananı devralan yeni malik, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 310 uyarınca kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı olur. Aynı sonuç, kiralanan üzerinde kiracılık hakkıyla bağdaşmayan sınırlı ayni hak iktisapları için de kıyasen geçerlidir (TBK m. 311). Kiralananın yeni maliki, işyeri ya da konut ihtiyacı sebebiyle TBK m. 351/1'e göre tahliye davası açarak, kira sözleşmesinin süresinin bitmesini beklemeksizin sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu durumda, kiracı, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı olumlu zararının tazminini eski malikten (önceki kiraya verenden) talep edebilir. Eski malikin tazminat sorumluluğu TBK m. 112 çerçevesinde sözleşmeye aykırılığa dayanır. Bu çalışmada, kira sözleşmesinin TBK m. 351'e göre feshedilmesi sebebiyle kiracının eski malikten tazminat talebi incelenecektir.

Anahtar kelimeler: *Kiralananın El Değiştirmesi, Yasal Sözleşme Devri, Yeni Malikin İhtiyacı, İhtiyaç Sebebiyle Tahliye Davası, Kiracının Tazminat Talebi, Eski Malikin Tazminat Sorumluluğu*

ABSTRACT

As per Art. 310 of Turkish Code of Obligations (TCO) numbered 6098, the new owner, who takes over the ownership of the leased object after the lease contract is concluded, becomes ex lege the party to the lease contract. The same legal consequence applies analogously to the cases where a limited right in rem which is not compatible with the tenancy right of the lessee is established on the leased object (Art. 311 of TCO). The new owner

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 10.02.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 14.02.2022. Onaylanma Tarihi: 11.04.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0395-4267.

Esere Atf Şekli: Erhan Kanışlı, "Kira Sözleşmesinin TBK m. 351'e Göre Feshedilmesi Nedeniyle Kiracının Eski Malikten Tazminat Talebi", YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.199-262.

may put an end to the lease contract on the grounds of his/her necessity for residence of business place without waiting for the lease duration to expire. When such is the case, the lessee is entitled to claim compensation from the previous owner (previous lessor) for positive damages incurred as a result of the premature termination the contract. Compensation liability of the previous owner is based on breach of contract within the frame of Art. 112 of TCO. In this study, the lessee's claim for compensation from the previous owner for the early termination of the lease contract pursuant to Art. 351 of TCO will be examined.

Keywords: *Alienation of the Leased Object, Statutory Transfer of Contract, Necessity of the New Owner, Action for Evacuation due to Necessity, the Lessee's Claim for Compensation, Compensation Liability of the Previous Owner*

GİRİŞ

Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiraya verenin kiralananın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devrettiği ya da kiralanan üzerinde üçüncü bir kişi lehine sınırlı ayni hak tesis ettiği hallerde, sözleşmenin sosyo-ekonomik anlamda görece zayıf tarafı olan kiracının bu değişiklik karşısında nasıl korunacağı meselesi önem kazanır. Kanun koyucu, kiralanan üzerinde üstün hak sahibi olan üçüncü kişinin Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹ m. 310 ve 311'e göre kendiliğinden kira sözleşmesinin tarafı olacağını öngörerek, kiracının yasal sözleşme devri yoluyla korunmasını tercih etmiştir. Buna göre, kiracının önceki kiraya veren ile arasındaki kira ilişkisi, tüm hak ve borçlarıyla üstün hak sahibi olan kişiye geçer. Böylece, sözleşme tarafı değişse bile, kiralananın sözleşme süresince kiracının kullanımında bulundurulması sağlanmış olur. Ancak, bu koruma, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiralananı sonradan edinen kişiye tanınan TBK m. 351'deki olağanüstü fesih imkânı ile sınırlıdır. Zira yeni malik ya da sınırlı ayni hak sahibi, şayet kira sözleşmesi tapu siciline şerh edilmemişse, bu hükme göre ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açarak kira sözleşmesini süresinden evvel sona erdirebilir.

Kiralananı sonradan edinen kişinin bu imkânı kullanarak kiracıyı tahliye ettirmesi halinde, kiracının sözleşmenin erken sona ermesi sebebiyle uğradığı zararın tazminine ilişkin TBK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 261/3'te, eski malikin (önceki

¹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG.4.2.2011/27836.

kiraya veren) bu durumda kiracıya karşı tazminat sorumluluğu altında olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Türk hukuk doktrininde ise, kiracının eski malikten tazminat talebi konusu tartışmalıdır.

Bu çalışmada, kira sözleşmesinin TBK m. 351'e göre feshedilmesi halinde, kiracının sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı zararları için eski malikten tazminat talebi incelenecektir. Eski malikin tazminat sorumluluğu TBK m. 310 ve 311 ile bağlantılı olduğundan, çalışmanın ilk bölümü kiralananın devrinin kira ilişkisine etkisine ayrılacaktır. İkinci bölümde, konumuzla ilgisi olduğu ölçüde ihtiyaç sebebiyle tahliye davası (TBK m. 351) ele alınacak, bu bağlamda öncelikle tahliye davasının şartları, sonralıkla da, kiralananı edinenin tahliye imkânına karşı kiracının sahip olduğu çeşitli korunma yollarına temas edilecektir. Çalışmanın ağır merkezi olan eski malikin tazminat sorumluluğu, üçüncü bölümde mercek altına alınacaktır.

I. KİRALANANIN DEVRİNİN KİRA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Eski malik (kiraya veren) ile kiracı arasındaki kira ilişkisi devam ederken üçüncü kişinin kiralanan üzerinde üstün bir hak sahibi olması halinde, kanun koyucu, kiracının hukuki durumunu korumak amacıyla, üçüncü kişinin kiralananı edindiği anda TBK m. 310 ve 311 uyarınca sözleşmenin tarafı haline geleceğini öngörür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 261 ve 261a maddeleri esas alınarak² kaleme alınan bu düzenlemelere bakıldığında, kanun koyucu, kiralananı sonradan edinen kişi ile kiracı arasındaki menfaat çatışmasında, kiracıyı eski BK dönemine nazaran daha fazla korumayı tercih etmiştir. Kiralanan üzerinde üstün hak sahibi olan kişinin sözleşme özgürlüğü, nispi emredici nitelikteki³ bu hükümlerle sınırlandırılarak, sosyal

² Bkz. Gerekçe, TBK m. 310 ve 311.

³ Bu hükümlerin nispi emredici mahiyette oldukları yönünde bkz. **İnceoğlu** M. Murat, Kira Hukuku Cilt 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 576, 577; **Permman** Richard, OFK-Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007, Art. 261, N. 1; **Yavuz** Nihat, Kira Hukuku, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2019, s. 184; **Mehmetoğlu** Hayreddin Fırat, Kiralananın El Değiştirmesi ve Yeni Malikin Gereksinim Nedeniyle Fesih Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 37. Bu hükümlerin mutlak emredici mahiyette oldukları yönünde bkz. **Acar** Faruk, Kira Hukuku Şerhi: (TBK m. 299-332), 4. Baskı, Beta, İstanbul 2017, m. 310, N. 13 ve m. 311, N. 4; **Bättig** Hans, SVIT-Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2018, Art. 261-261a, N. 1; **Higi** Peter / **Wildisen** Christoph, ZK-Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel *YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

koruma (kamu yararı) düşüncesine ağırlık verilmiştir⁴. Bu noktada, kiralananın devrinin veya kiralanan üzerinde sınırlı ayni hak tesisinin kira sözleşmesine ve dolayısıyla kiracının hukuki konumuna etkisini daha net görebilmek için, eski BK dönemiyle karşılaştırma yapmak faydalı olacaktır.

Hatırlanacağı üzere, eski BK’da kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralananın el değiştirmesi (veya sınırlı ayni hak konusu olması) halinde, yeni malik, mutlak hakkına dayanarak kiracıdan kiralananı iade etmesini isteyebilirdi. Bu durum, doktrinde ve uygulamada “satım kirayı bozar ilkesi” olarak ifade edilmekteydi⁵. Taşınırlarda, yeni malik kira

(Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR, 5. neu bearbeitete Auflage, Schulthess, Zürich 2019, Art. 261-261a, N. 3.

Söz konusu hükümlerin nispi emredici nitelikte olduğu yönündeki görüş bizce de isabetlidir. Bu bakımdan, TBK m. 310 ve 311’den kiracı lehine sapan sözleşme hükümleri geçerli sayılacaktır. Örneğin, sözleşmede kiraya verenin kiralananın mülkiyetini devretmeme ya da kiracılık hakkını etkileyen bir sınırlı ayni hak tesis etmeme yönünde taahhütte bulunması ve buna aykırılığın sözleşme cezasına bağlanmasında durum böyledir (**İnceoğlu**, C. 1, s. 577; **Öktem Çevik** Seda, Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 45; **Günel** Mustafa Cahit, Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 200; **Mehmetoğlu**, s. 36, 37). Keza, TBK m. 310’daki yasal sözleşme devri korumasına ek olarak, eski malikin kiracı ile “borca katılma sözleşmesi” (TBK m. 201) yaparak, kararlaştırılan borç veya borçlar (örn. sözleşme süresince kiralananı kullanım amacına uygun şekilde bulundurma borcu) bakımından yasal sözleşme devrinden sonrası için yeni malik ile birlikte müteselsil borçlu olabilmesi mümkündür. Bu yönde bir borca katılma sözleşmesi, alternatif olarak, katılan eski malik ile borçlu yeni malik arasında ve fakat bu sefer üçüncü kişi (kiracı) yararına da yapılabilir (bu konuda bkz. **Gümüş** Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1152). Ayrıca, yeni malikin kiracı ve eski malik ile anlaşarak (üç taraflı bir anlaşmayla) kira sözleşmesine eski malikin yanında katılması (TBK m. 206 anlamında sözleşmeye katılma) da olanaklıdır. Sözleşmeye katılmanın sözleşme devrine göre artışı, eski malikin kira ilişkisinde kalması ve böylece kiracının borçlular arasındaki teselsül sebebiyle daha avantajlı bir konuma sahip olmasıdır.

⁴ **Honsell** Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Überarbeitete Auflage, Stämpfli, Bern 2017, s. 231, 232; **Weber** Roger, BSK-Basler Kommentar Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I, Hrsg. Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn, 7. Auflage, Basel 2019, Art. 261, N. 1; **Öktem Çevik**, s. 2-4; **Altınok Ormancı** Pınar, “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları”, İTÜSB, C. 12, S. 24, Güz 2013/2, s. 133, 134; **Ayrancı** Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 74.

⁵ **İnceoğlu**, C. 1, s. 588; **Öktem Çevik**, s. 1; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 21; **Günel**, s. 172; **Özdemir** Hayrunnisa, “Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu”, AÜHFD, C. 62, S. 1, 2013, s. 148; **Çabri** Sezer, “Kira Sözleşmesinde Kiralananın YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

sözleşmesinin devamını kabul etmediği takdirde iadeyi hemen talep edebilirken; taşınmazlarda, yeni malik belirli bir süreliğine kiracının kullanım hakkına katlanmakla yükümlüydü. Yeni malik, dilerse fesih hakkını kullanmayarak kira sözleşmesine devam edebilir, dilerse (ve sözleşmede daha erken fesih imkânı öngörülmemişse) fesih ihbar sürelerine uyarak en yakın fesih döneminde sözleşmeyi sona erdirebilirdi. Yani yeni malikin taşınmazın iadesini (tahliyesini) talep edebilmesi, Kanun'daki en yakın fesih dönemi için fesih ihbar sürelerine uyarak sözleşmeyi feshetmesine bağlıydı^{6, 7}. Dolayısıyla, taşınır kiralalarının aksine, burada yeni

Mülkiyetinin El Değiştirmesi veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Sahibi Olması”, MÜHFHAD, C. 18, S. 3, 2012, s. 164; **Altınok Ormancı**, s. 126; **İkizler** Metin, “Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 2, s. 26; **Ertuğrul** Meltem, “Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralanan Üstün Hak Sahibi Olması”, Ankara Barosu Dergisi, C. 72, S. 4, 2014, s. 547. Doktrinde birçok yazar tarafından kullanılan “satım kirayı bozar” (ve buna paralel şekilde eBK m. 254’ün kenar başlığı olan “*satım ile kiranın infisahi*”) ifadesinin hukuk tekniğine ve maddenin içeriğine uygun olmadığı, çoğu yazar tarafından haklı olarak vurgulanmaktadır. Zira kira sözleşmesini etkileyen, satım sözleşmesinin yapılması değil, buna dayanılarak gerçekleştirilen mülkiyet devridir. Kaldı ki, kiracının nispi hakkını etkileyen mülkiyet devrinin hukuki sebebi de, mutlaka satım sözleşmesi olmak zorunda olmayıp, örneğin başışlama, trampa, belirli mal vasiyeti de aynı sonucu doğurur. Öte yandan, etkilenen de kira sözleşmesi değil, kiracının kiralananı kullanma yönündeki alacak hakkıdır. Çünkü kiracı bu nispi hakkını yeni malike karşı (şerhle korunmadıysa) ileri süremez. Kiralananın mülkiyetinin başkasına devredilmiş olmasının kira sözleşmesi üzerindeki etkisi ise, sözleşmenin sona ermesi (bozulması) değil, sözleşmenin ihlal edilmesidir. Buna bağlı olarak, sözleşmeyi ihlal eden eski malik (kiraya veren), kusuru varsa TBK m. 112 çerçevesinde sorumlu olur (bkz. **Tandoğan** Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt: 1/2, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 126; **Aral** Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 252, 253; **Aydoğdu** Murat / **Kahveci** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 424; **Günel**, s. 170, 171; **Çabri**, s. 166; **Öktem Çevik**, s. 8 dn. 1). Görüldüğü üzere, “satım kirayı bozar” ifadesi semantik olarak hukuk teorisine uygun olmasa da, doktrinde ve uygulamada benimsenen bu galatimeşhuru, ifade kolaylığı açısından biz de kullanmakta sakınca görmüyoruz.

⁶ **Öktem Çevik**, s. 9 vd.; **Özdemir**, s. 148, 149; **Altınok Ormancı**, s. 126, 127; **Çabri**, s. 164 vd.; **Mehmetoğlu** s. 6 vd.; **Ertuğrul**, s. 547, 548. Taşınır kiralalarında yeni malikin kira sözleşmesini kabul etmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. **Gümüş** Mustafa Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 142 vd.; **Öktem Çevik**, s. 10 vd.; **Özen** Burak, “Kira Konusunun Devri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 165 vd. Taşınmaz kiralalarında yeni malikin kira sözleşmesini

malikin suskunluğu kira sözleşmesine devam ettiği anlamı taşırdı. Satımın kirayı bozması hallerinde, kiracı, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı olumlu zararını, kiraya verenin (eski malikin) sonraki kusurlu ifa imkânsızlığına dayanarak tazmin ettirebilirdi (eBK m. 96)⁸.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) kapsamına giren taşınmazlar⁹ açısından ise, bugünkü düzenlemeye oldukça paralel şekilde, yeni malikin kiralananın mülkiyetini iktisap etmesiyle birlikte kanunen kira sözleşmesinin tarafı olacağı öngörülmüş ve “satım kirayı bozmaz” ilkesi benimsenmişti¹⁰. Gerek eBK m. 254’te gerekse GKHK’da sadece kiralananın devrinden bahsedilmesine rağmen, doktrin ve uygulamada kiracının kullanım hakkıyla bağdaşmayan sınırlı aynı haklar için de aynı hükümlerin kıyasen uygulanacağı kabul edilmekteydi¹¹.

TBK m. 310’da ise, taşınır taşınmaz kirası ayrımı yapılmaksızın, bütün kira sözleşmeleri açısından kiralananın mülkiyetini devralan yeni malikin kendiliğinden kira sözleşmesinin tarafı olacağı öngörülmektedir. Burada kiralananın el değiştirmesiyle birlikte, kiracı, yasal sözleşme devri mekanizmasıyla korunur ve sözleşme ilişkisi tüm hak ve borçlarıyla yeni

feshetmemesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Gümüş**, Kira, s.144, 145; **Öktem Çevik**, s. 12 vd.; **Özen**, 2010, s. 167 vd.

⁷ Yeni malikin sözleşmeyi feshetmesi, eBK m. 254/2 uyarınca eBK 262’deki fesih dönemi ve fesih ihbar süreleri çerçevesinde mümkündür. eBK m. 262’de öngörülen fesih dönemi ve fesih ihbar süreleri açısından, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması arasında fark yoktu (**Aral**, s. 253, 254).

⁸ **Öktem Çevik**, s. 9, 10; **Özdemir**, s. 149; **Çabri**, s. 166.

⁹ GKHK m. 1: “Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (Musakkaf olmyanları hariç) kiralananlarında kiraltıyanla kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur”.

¹⁰ **Tandoğan**, s. 137; **Burcuoğlu** Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 438; **Gümüş**, Kira, s. 145; **Öktem Çevik**, s. 14, 15. Yasal sözleşme devri ile korunan kiracı karşısında, yeni malikin menfaati ise, m. 7/d bendi uyarınca konut veya işyeri ihtiyacına dayanarak belirli bir süre içinde kiracıyı kiralananandan tahliye edebilme imkânı ile gözetilmişti (bkz. A.g.e’ler). Söz konusu hükme göre; “Gayrimenkul Medeni Kanun hükümlerine göre iktisabeden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrasını maksadıyla iş yeri olarak kullanma ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra... tahliye davası açabilirler”. Ancak kabul etmek gerekir ki, yeni malikin ihtiyaç sebebiyle sözleşmeyi süresinden önce sona erdirebilme imkânı karşısında, aslında “satım kirayı bozmaz” ilkesinin tam olarak gerçekleştiği söylenemez (**Honsell**, s. 244).

¹¹ **Tandoğan**, s. 126; **Burcuoğlu**, s. 446; **Aral**, s. 253; **Özen**, 2010, s. 147-148.

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

malike geçer¹². Yeni malik, bu eşya ile birlikte *ipso iure* sözleşmeyi de devralmış olur. Bu sonucun doğması, yeni malikin kiracı ile eski malik arasında kira ilişkisi bulunduğunu bilip bilmemesinden bağımsızdır. Yeni malikin bu konudaki iyiniyeti (TMK m. 3) yasal sözleşme devrine engel olmaz¹³.

TBK m. 311'e göre kiracının kullanım hakkıyla bağdaşmayan sınırlı aynı haklar açısından da aynı sonuç geçerlidir¹⁴. Dolayısıyla, kiraya veren malik, kira ilişkisi devam ederken kiralanan üzerinde üçüncü kişi lehine kiracının kullanım hakkıyla çatışan, örneğin intifa hakkı, oturma hakkı ve üst hakkı

¹² **İnceoğlu**, C. 1, s. 588; **Acar**, m. 310, N. 63, 67; **Gümüş**, Kira, s. 148, 149; **Weber**, Art. 261, N. 3, 4; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 22; **Zevkliler Aydın / Gökyayla K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 290, 291; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 9; **Hulliger Urban / Heinrich Peter**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR, 3. Auflage, Schulthess Zürich 2016, Art. 261-261b, N. 6; **Öktem Çevik**, s. 167; **Mehmetoğlu**, s. 94 vd.; **Paksoy Meliha Sermin**, "Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10 (1), 2019, s. 136; **Ertuğrul**, s. 549.

¹³ **Acar**, m. 310, N. 65; **Özen**, 2010, s. 163; **İkizler**, s. 32. **Öktem Çevik**, iyiniyetli yeni malikin konut ve çatılı işyeri kiralaları dışındaki kira sözleşmelerinde bu gibi durumlar için TBK m. 331 üzerinden (önemli sebeple fesih hakkı ile) sözleşmeyi sona erdirebileceği görüşündedir. Yazara göre, TBK m. 331 anlamında önemli sebebin, maddenin uygulanabilmesi için mutlaka gelecekte ortaya çıkması şart olmayıp, sözleşme kurulduğu sırada mevcut olması halinde de sözleşmenin feshedilmesi mümkündür (**Öktem Çevik**, s. 241). Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise, özel hüküm TBK m. 351'in varlığı karşısında, yeni malikin kiracıdan haberi olmadığı gerekçesiyle bu maddeye dayanarak sözleşmeyi feshedebilmesi imkânı yoktur. Aksi takdirde, emredici hüküm mahiyetindeki TBK m. 351'in kiraya veren tarafından TBK m. 331 ile dolanılmasının önü açılmış olur. Öte yandan, iyiniyetli yeni malik, eski malik ile arasındaki sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle eski malikten tazminat talep edebilir (TBK m. 112). Ayrıca, eski malikin sözleşme kurulduğu sırada mevcut bir kira sözleşmesinin var olduğunu bilmesine rağmen yeni malike söylemediği ihtimallerde, yeni malikin aldatma ve/veya esaslı saikte yanılmaya dayanarak eski malik ile arasındaki sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür (**İkizler**, s. 50 vd.; **İnceoğlu**, C. 1, s. 595, 596; **Öktem Çevik**, s. 187; **Çabri**, s. 194; **Ertuğrul**, s. 557, 558). Doktrindeki bir diğer görüş ise, bu durumda, eğer yeni malik ile eski malik arasındaki sözleşme bir satış sözleşmesi ise, zapt hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır (**Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 29; **Koller Alfred**, § 7 Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. Auflage, Stämpfli, Bern 2017, § 7 N. 68, 69; **Özen Burak**, "Kira Konusunun Devri", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 102; krş. **İkizler**, s. 33 vd.).

¹⁴ TBK m. 311: "Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır".

gibi bir irtifak hakkı tesis etmişse, üstün hak sahibi bu üçüncü kişi kira sözleşmesiyle bağlı olur¹⁵. Ancak hemen dikkat çekelim ki, her türlü sınırlı aynı hak tesisi, kira ilişkisinin üçüncü kişiye geçmesi sonucunu doğurmaz. Bu noktada, kiralanan üzerinde kurulan sınırlı aynı hakkın türüne ve içeriğine göre bir değerlendirme yapılması amaca uygun olur¹⁶. Zira kiralanan üzerinde kurulan sınırlı aynı hakların çoğu şu ya da bu şekilde kiracının kullanım hakkını etkileyebilir. Ancak bu hakların yetki içerikleri farklıdır ve menfaatler dengesi gözetilmeksizin hepsinin doğrudan TBK m. 311'e atlanması, hem teorik hem pratik anlamda kabul edilmesi güç sonuçlara yol açar. Söz gelimi, kiralanan taşınmazda daha sonra üçüncü kişi lehine tesis edilen intifa hakkı ile geçit irtifakı arasında kiracının kullanım hakkını etkilemek bakımından fark vardır. Bu sebeple, yasal sözleşme devri sonucunun bu iki hak için de aynı şekilde uygulanması kabul edilemez¹⁷. Gerçekten de, kiralananın geçit hakkı sahibi olan bir kişinin kira sözleşmesine de taraf olduğu kabul edilirse, bu kişinin kiracıdan kira bedelini talep edebilmesi veyahut kiralananın geçit hakkının kullanımıyla ilgisiz bir ayıp çıktığında, kiracının seçimlik haklarını bu kişiye karşı kullanabilmesi gibi yadırgatıcı sonuçlar ortaya çıkar. Oysaki kiralanan üzerindeki sınırlı aynı hakkın intifa hakkı olduğu bir durumda, intifa hakkının yetki içeriği, yasal sözleşme devri sonucunu haklı gösterir¹⁸. O halde anahtar soru, TBK m. 311'in uygulama alanının nasıl belirleneceğidir.

TBK m. 311'deki "*kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak*" ibaresinin nasıl anlamlandırılması gerektiği ve hükmün atıfta bulunduğu TBK m. 310'daki yasal sözleşme devri (taraf değişikliği) sonucunun hangi sınırlı aynı haklar açısından uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, kira sözleşmesinin sınırlı aynı hak sahibine

¹⁵ **İnceoğlu**, C. 1, s. 606; **Gümüş**, Kira, s. 151; **Weber**, Art. 261a, N. 1; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 17; **Sert Selin**, "Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Aynı Hak Kurulması ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar (TBK m. 311)", Ankara Barosu Dergisi, C. 72, S. 4, 2014, s. 70. TBK m. 311'in kapsamına sınırlı aynı hakkın tesis edildiği haller girdiği gibi, devren kazanıldığı haller de girer. İlk durumda, eski malik (kiraya veren) kiralanan üzerinde üçüncü kişiye sınırlı aynı hak tesis ederken; ikinci durumda, sınırlı aynı hak sahibi (örn. üst hakkı sahibi) kiraya veren, bu hakkını başkasına devretmektedir (**Acar**, m. 311, N. 13; **İnceoğlu**, C. 1, s. 604; **Sert**, s. 68).

¹⁶ **Acar**, m. 311, N. 41 vd.; **İnceoğlu**, C. 1, s. 608, 609; **Gümüş**, Kira, s. 151; **Weber**, Art. 261a, N. 1 vd.; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 17, 18; **Öktem Çevik**, s. 165, 166; **Mehmetoğlu**, s. 147, 148.

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Acar**, m. 311, N. 38 vd.; **İnceoğlu**, C. 1, s. 606 vd.; **Öktem Çevik**, s. 153 vd.; **Mehmetoğlu**, s. 148 vd.

¹⁸ **İnceoğlu**, C. 1, s. 608; **Mehmetoğlu**, s. 148, 153.

devredilebilmesi için, “kiracının hakkını etkileyen sınırlı ayni hak” kavramı, hükmün esas alındığı OR m. 261a¹⁹,ya uygun şekilde, yani “mülkiyet devrine eş değer sınırlı ayni hak” olarak anlamlandırılmalıdır. Buna göre, ancak ekonomik anlamda mülkiyetin devrine eş değer sonuçlar doğurabilecek içerikteki sınırlı ayni haklar bakımından yasal sözleşme devri gerçekleşir ve böylece sınırlı ayni hak sahibi kişi, hakkı iktisap ettiği andan itibaren kira sözleşmesinin tarafı haline gelir²⁰. İntifa hakkı, üst hakkı ve (tartışmalı olmakla birlikte) oturma hakkının sözleşme devri (taraf değişikliği) yönünde bir kıyası haklı kıldığı söylenmektedir²¹. Öte yandan, kiracının kullanım hakkını etkilemekle birlikte, sonuçları itibariyle mülkiyet devrine eş değer nitelikte sayılmayacak irtifak haklarında (örn. geçit irtifakı, kaynak irtifakı gibi), yasal sözleşme devrinin gerçekleşmeyeceği kabul edilmelidir²². Ancak doktrinde bu ihtimaller için, sınırlı ayni hak iktisap eden kişinin TBK m. 310 uyarınca sözleşme tarafı haline gelmese bile, kiracının kullanım hakkına katlanmakla yükümlü olduğu görüşü ileri

¹⁹ OR m. 261a: “Eşyanın devrine ilişkin hükümler, kiraya veren üçüncü bir kişiye sınırlı bir ayni hak tesis eder ve bu mülkiyetin devrine eş değerse kıyasen uygulanabilir”.

²⁰ **Acar**, m. 311, N. 21; **Gümüş**, Kira, s. 151; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 291; **Öktem Çevik**, s. 166; **Şener** Oruç Hami, İşyeri İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 28; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 17; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 8; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 2; **Permann**, Art. 261, N. 2; **Özen**, 2010, s. 147, 148; **Çabri**, s. 178, 179; **Vardar Hamamcıoğlu** Gülşah, “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar (TBK m. 311)”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 74, S. 1, 2016, s. 313 vd.

²¹ **İnceoğlu**, C. 1, s. 608, 609; **Gümüş**, Kira, s. 151; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 291 dn 273; **Honsell**, s. 245; **Öktem Çevik**, s. 166; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 17; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 8; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 2; **Permann**, Art. 261, N. 2; **Özen**, 2010, s. 104; **Çabri**, s. 179; **Sert**, s. 73 vd. Oturma hakkı açısından ağırlıklı görüş bu yöndedir. Fakat doktrindeki farklı bir görüşe göre, oturma hakkı sahibinin eşya hukuku esaslarına göre taşınmazı başkasına kiraya veremeyecek olması, TBK m. 310 uyarınca sözleşme devrine engel teşkil eder. Ancak bu durumda, TBK m. 311’i farklı yorumlayarak kiracıyı korumak yine de mümkündür. Bu yaklaşımdaki bazı yazarlara göre, kiralanan üzerinde oturma hakkı sahibi olan kişinin, kira sözleşmesine taraf olmamasına rağmen kiracının kullanma hakkına katlanma yükümlülüğü altına girdiği kabul edilmelidir (**Vardar Hamamcıoğlu**, s. 323, 324; **Akyiğit** Ercan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 98). Bir başka yazar da, oturma hakkının kiracılık hakkını etkilemekle birlikte, mülkiyet devrine eş değer sonuçlar doğurmadığından hareket ederek, oturma hakkı sahibinin kiraya verenin yerine geçemeyeceğini ve fakat onun yanında sözleşmeye katılmış sayılacağını savunmaktadır (**Mehmetoğlu**, s. 151; krş. **Acar**, m. 311, N. 42). Oturma hakkının kira sözleşmesine etkisi konusundaki görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Öktem Çevik**, s. 155 vd.; **Mehmetoğlu**, s. 149 vd.

²² **Gümüş**, Kira, s. 147; **Öktem Çevik**, s. 166; **Mehmetoğlu**, s. 153.

sürülmektedir²³. TBK m. 311'in kapsamına ilişkin bu tartışmanın konumuz açısından önemi, yasal sözleşme devri sonucu sözleşme tarafı haline gelen sınırlı ayni hak sahibinin, şartları gerçekleşmişse TBK m. 351'e göre ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açarak kira sözleşmesini süresinden önce feshetme imkânına sahip olmasıdır. Sınırlı ayni hak sahibi bu imkânı kullandığında ise, kiracının, bu erken fesih nedeniyle uğradığı zararlarının giderilmesine ilişkin eski malike karşı tazminat talebi gündeme gelecektir.

Daha önce belirtildiği üzere, TBK m. 310 çerçevesinde kiralananın el değiştirmesine bağlanan sonuç, mülkiyetin geçişiyle birlikte kira sözleşmesinin kanun gereği (*ex lege*) yeni malike devridir. Sözleşme içeriği, *inter alia*, kullanım amacı, kira bedeli ve süresi bakımından aynı kalır, sadece tarafı değişir. Eski malik (kiraya veren) mülkiyetin geçişi anından itibaren sözleşmeden çıkar, yeni malik, kiraya veren sıfatıyla sözleşmeye dâhil olur²⁴. Yeni malik kira sözleşmesinin sonuna kadar ve aynı hükümlerle sözleşmeyle bağlıdır. Bu bağlamda, kanun koyucunun TBK m. 310 üzerinden kira ilişkisini şerhe gerek kalmadan eşyaya bağladığı söylenebilir²⁵. Ancak burada belirtmek gerekir ki, yeni malike TBK m. 351'de (OR m. 261/2a'da) tanınan ihtiyaca dayalı olağanüstü fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı, aslında sözleşme devri kurumunun mahiyetine bir açıdan ters düşer²⁶. Şöyle ki, eski kiraya veren ile aynı hukuki konuma kavuşan ve böylelikle kira sözleşmesini tüm hükümleriyle olduğu gibi devralan yeni malikin, aslında sözleşme devrinin doğası gereği, kira sözleşmesinden erken kurtulabilme imkânına sahip olmaması gerekirdi. Çünkü kanun koyucu, TBK m. 350/2 uyarınca eski malike ihtiyaç sebebiyle sözleşmeyi süresinden önce sona erdirme imkânı vermemiş, sözleşmenin bitimini beklemesini öngörmüştür²⁷. Şu halde, TBK m. 351'de yeni malike tanınan kira sözleşmesinden süresinden önce kurtulma hakkı, TBK m. 310'daki korumanın kiracı aleyhine bir istisnasını teşkil eder²⁸.

²³ Vardar Hamamcıoğlu, s. 315, 316; İnceoğlu, C. 1, s. 607-609; Aydoğdu / Kahveci, s. 444.

²⁴ İnceoğlu, C. 1, s. 588; Öktem Çevik, s. 173; Weber, Art. 261, N. 4; Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 22; Özen, 2010, s. 178.

²⁵ İnceoğlu, C. 1, s. 588, 589.

²⁶ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 24; Koller, § 7 N. 5.

²⁷ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 24, 26; Koller, § 7 N. 5.

²⁸ Honsell, ihtiyaç sebebiyle fesih imkânının, Alman hukukuna (§ 654b ve § 571 BGB) paralel olarak, sadece belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kabul edilmesi, belirli süreli kiralananı sonradan edinene böyle bir imkânın tanınmaması gerektiği görüşündedir (Honsell, s. 244).

Doktrindeki hâkim görüş²⁹, esas itibariyle İsviçre Federal Mahkemesi tarafından geliştirilen ayrışma teorisine (*Spaltungstheorie*)³⁰ katılarak, sözleşme devrinin ileriye etkili olarak (*ex nunc*) hükümlerini doğuracağını savunmaktadır. Bu görüş ana hatlarıyla şu şekilde aktarılabilir³¹: Kira sözleşmesi, kiralananın devri anından itibaren ileriye etkili olarak yeni malike devrolunur. Bu sebeple, mülkiyet devrinden önce doğmuş hak ve borçlar yeni malike geçmez. Yeni malik, sürekli akan zaman çizgisi içinde mülkiyetin geçiş anından sonra doğan hak ve borçlara sahip olur. Dolayısıyla, eski malikin borca aykırılıklarından dolayı yeni malik sorumlu olmayacak, devirden önce doğmuş tazminat alacağını ya da muaccel olmuş kira bedeli veya yan giderleri de sadece eski malik talep edebilecektir. Diğer taraftan, bu görüşün doğal sonucu olarak, kiralananın devriyle birlikte kira sözleşmesinden çıkan eski malik (kiraya veren) de, yeni malikin borca aykırılıklarından dolayı sorumlu olmaz ve devirden sonra doğan alacakları talep edemez. Eski malikin kiracıya karşı sorumluluğu, kural olarak devirden önce doğan ve muaccel olan taleplerle sınırlıdır. Kiracı da, devirden önce doğan ve muaccel olan borçlarını eski malike ifa ile yükümlüdür.

İleriye etkililik görüşünün konumuz açısından önemi, sözleşmenin tarafı haline gelen yeni malikin ihtiyaç sebebiyle sözleşmeyi vaktinden önce sona erdirdiği durumda, kiracının bu sebeple uğradığı zararlarının tazminini eski

²⁹ **İnceoğlu**, C. 1, s. 591; **Acar**, m. 310, N. 70, 71; **Gümüş**, Kira, s. 149; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 22; **Koller**, § 7 N. 20; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 9; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 6; **Aral Fahrettin / Ayrancı Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 287, 288; **Öktem Çevik**, s. 175; **Roncoroni Giacomo**, “Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag”, mietrechtspraxis/mp, 2005, s. 202; **Özen**, 2010, s. 174; **Altınok Ormanlı**, s. 129. Yargıtay’ın da bu görüşte olduğu söylenebilir (bkz. Y. 6. HD., E. 2015/382, K. 2015/1675, T. 23.02.2015, www.lexpera.com.tr).

³⁰ BGE 127 III 273 E. 4c, www.bger.ch; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 22. Bu görüşle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Wytenbach Markus**, “Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR)”, mietrechtspraxis/mp, 2011, s. 5 vd.

³¹ **Acar**, m. 310, N. 70 vd.; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 22, 27; **Koller**, § 7 N. 5, 20, özellikle N. 62; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 11; **Öktem Çevik**, s. 175 vd.; **Mehmetoğlu**, s. 99 vd.; **Wytenbach**, s. 5 vd.; Diğer taraftan, tüm sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından, sözleşme devrinin ileriye etkili hükümlerini doğuracağı doktrinde ağırlıklı görüştür (**Ayrancı**, s. 150; **Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal / Develioğlu H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, N. 1863; **Oğuzman M. Kemal / Öz M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, N. 1918a).

malikten isteyebilecek olmasıdır. Oysa yeni malikin geriye etkili olarak (kira sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren) sözleşmeyi devraldığı kabul edilirse, eski malikin kiracıya karşı kural olarak herhangi bir sorumluluğu da gündeme gelmez. Biz bu tartışmada, sözleşme devrinin ileriye etkili olduğu görüşüne katılıyoruz. Ancak, bu görüşün karanlıkta bıraktığı noktaların da mevcut olduğunu ve dolayısıyla tüm sorunlara (örn. depozito ve diğer teminatların akıbeti gibi meselelere) kesin ve eksiksiz çözümler üretmediğini burada ayrıca itiraf etmek gerekir³².

TBK m. 310'da öngörülen yasal sözleşme devrinin gerçekleşmesi için, iradi sözleşme devrinin aksine (TBK m. 205), ne kiracının ne de yeni malikin iradesine ihtiyaç vardır³³. Hiç kuşkusuz, bu düzenlemenin amacı kiracıyı malik değişimlerine karşı korumaktır. Yeni malikin bu koruma karşısındaki menfaati ise, ona TBK m. 351 çerçevesinde olağanüstü fesih yoluyla sözleşmeyi süresinden önce sona erdirebilme hakkı verilerek gözetilir³⁴. Buna karşılık, Kanun'da kiracıya, kendisine sorulmadan gerçekleşen taraf değişikliğine karşı kendisini olağanüstü fesih hakkıyla koruyabilme imkânı tanınmamış olması doktrinde eleştirilmektedir³⁵. *Koller*, bu tercihin arkasında kiracı için sözleşme tarafının kim olduğunun önem arz etmediği düşüncesinin yattığı fikrindedir³⁶. Hatta denebilir ki, kanun koyucu kiracının sözleşme devri sayesinde tastamam korunacağına o kadar inanmıştır ki, onun yeni malik ile kira ilişkisine devam etmek istemeyeceği ihtimalini düşünmemiştir bile. Öyle ya da böyle, yürürlükteki hukuk açısından kiracı için düşünülebilecek en elverişli imkân, taraf

³² Aynı görüşte bkz. **Weber**, Art. 261, N. 4; **Koller**, § 7 N. 20; **Wytenbach**, s. 5, 10 vd. Kiralananın devrinin kira sözleşmesinden doğan hak ve borçlara etkisi konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Öktem Çevik**, s. 189 vd.; **Mehmetoğlu**, s. 101 vd.; **Wytenbach**, s. 10 vd.

³³ **Fellmann** Walter, "Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR – ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 1994, s. 541; **Lüscher** Christoph, "Art. 261 OR", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 1997, s. 954.

³⁴ Hatta İsviçre hukukunda, konut ve işyeri dışındaki eşyalara ilişkin kira sözleşmelerinde de, yeni malike olağanüstü fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı verilir. Bu bağlamda, OR m. 261/2 (b)'ye göre, kiralananı devralarak kira sözleşmesine taraf olan yeni malik, en yakın fesih dönemi sonu için fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir (bu konuda bkz. **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 47; **Perrmann**, Art. 261, N. 8; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 21).

³⁵ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 54; **Schwenzer** Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Stämpfli, Bern 2016, N. 92.02; **Wytenbach**, s. 26, 29.

³⁶ **Koller**, § 7 N. 8. Aynı görüşte bkz. **Fellmann**, s. 542.

değişikliğinin kendisi için çekilmez hale geldiğini ispat ederek, sözleşmeyi TBK m. 331'e göre feshetmektir³⁷. Bu imkân, özellikle kiracının kira sözleşmesini kiraya verenin (eski malikin) kişiliğini dikkate alarak yaptığı sözleşmelerde gündeme gelir³⁸. Yine, kiracı ile kişisel husumet içinde bulunan birinin kiralananı devralması da önemli sebep sayılabilir³⁹. Bunun dışında, kiracının başvurabileceği diğer bir yol, gelecekteki olgularda yanılmaya dayanılabileceği kabul edilirse⁴⁰, sözleşmeyi esaslı saikte yanılma gerekçesiyle iptal etmek olabilir (TBK m. 30, 32). Hemen belirtelim ki, bu iki yola başvuran kiracının, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle eski malikten tazminat talep edebilme imkânı söz konusu olmaz.

Doktrinde, sözleşme devrinin kiracının iradesine bakılmaksızın gerçekleşmesi ve kiracının çoğu zaman tanımadığı bir kişi ile kira ilişkisine devam etmek zorunda olmasının yaratabileceği olumsuz sonuçların önüne geçilmesi için, eski malik ile yeni malikin belirli bir süre müteselsilen sorumlu olmaları gerektiği savunulmaktadır⁴¹. Özellikle kira ilişkisine dâhil olan yeni malikin ekonomik durumunun kötü olduğu hallerde, kiracının sözleşmeye aykırılık durumlarında başvuracağı (örn. ayıpta bedel indirimi, onarım, tazminat gibi) hakların boşa çıkması tehlikesi böyle bir korumayı haklı gösterir. Nitekim kanun koyucu, bu tür bir korumayı benzer olgulara ilişkin TBK m. 323, TBK m. 428/3 ve TTK m. 11'de öngörmektedir⁴². Biz

³⁷ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 22; **Koller**, § 7 N. 8; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 12; **Schwenzer**, N. 92.02; **Fellmann**, s. 542; **Wytenbach**, s. 26.

³⁸ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 22; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 12.

³⁹ **Koller**, § 7 N. 8. Hiç şüphesiz bu ihtimalde, eğer yeni malik kiracının kişilik değerlerine bir saldırıda bulunuyorsa, kiracı ayrıca manevi ayıp sebebiyle de sözleşmeyi feshedebilir (TBK m. 305/2). Manevi ayıp konusunda bkz. **İnceoğlu**, C. 1, s. 130, 131.

⁴⁰ Doktrinde, gelecekteki olgulara yanılma hükümlerinin uygulanabileceği görüşünü savunan hatırı sayılır sayıda yazarın bulunduğuna dikkat çekmekle birlikte, biz, aynı ağırlıktaki karşıt görüşe katılmayı tercih ediyoruz (bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Baysal Başak**, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 203 vd.; **Kamışlı Erhan**, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 483 vd.).

⁴¹ **Öktem Çevik**, s. 178, 179; **Wytenbach**, s. 29, 30; **Weber**, Art. 261, N. 20; aynı görüşte bkz. **Schwenzer**, N. 92.02; krş. **Fellmann**, s. 542.

⁴² **Öktem Çevik**, s. 176 vd.; **Weber**, Art. 261, N. 20; **Wytenbach**, *de lege ferenda* OR m. 263/4'ün -TBK m. 323/3'ün- model alınarak bu şekilde bir sınırlı müteselsil sorumluluk öngörülmesi gerektiği düşüncesindedir (**Wytenbach**, s. 30). Doktrindeki bir başka görüşe göre, kira sözleşmesinin tapu siciline şerh edildiği hallerde, eski malikin şerh süresi kapsamında yeni malikle birlikte müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmelidir (**Zihlmann Peter**, Das Mietrecht, 2. Auflage, Zürich 1995, s. 84, aktaran **Koller**, § 7 N. 11).

de bu görüşü takiben, olması gereken hukuk anlamında, eski malikin sözleşme devrinden sonraki dönem için bir süre daha yeni malik ile birlikte müteselsilen sorumlu olması gerektiği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, kanaatimizce *de lege lata* buradaki kanun boşluğunun, Kanun'daki benzer menfaat durumlarını düzenleyen TBK m. 323/3, TBK m. 428/3 ve hatta bunların yanına ilave edilebilecek TBK m. 188 (alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırmaması ilkesi) ve TTK m. 11 gibi hükümlerden “toplu hukuki kıyas” (*analogia iuris*) yoluyla doldurulması mümkündür⁴³. Müteselsil sorumluluğun süresi açısından TBK m. 323/3'e kıyasen, eski malikin “*kira sözleşmesinin bitimine kadar* (yoksa yenilenen kira dönemleri için değil) *ve en fazla iki yıl süreyle*” devralanla birlikte sorumlu olması düşünülebilir⁴⁴.

II. TBK M. 351'E GÖRE İHTİYAÇ SEBEBİYLE TAHLİYE DAVASI

A. Genel Bakış

TBK m. 310 ve 311 ile kiracıya sağlanan korumaya karşılık, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiralananı sonradan edinenin TBK m. 351 uyarınca ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açma hakkı bulunmaktadır⁴⁵. Kiralananı sonradan edinen, TBK m. 351/1'in şartları gerçekleştiği takdirde, kira sözleşmesini süresinden önce sona erdirebilir. Kanun koyucu, bir taraftan kiralananı sonradan edinen kişiyi iradesinden bağımsız olarak kira sözleşmesine taraf hale getirmekle sözleşmenin zayıf tarafındaki kiracının

Bu görüş, kiracılık hakkının şerhinin böyle bir fonksiyonu bulunmadığından hareketle haklı olarak eleştirilmektedir (**Koller**, § 7 N. 8; **Fellmann**, s. 547). Bu noktada belirtmek gerekir ki, İsviçre BK'nın 1.7.1990 tarihinde yapılan kira hükümlerine ilişkin revizyonuna kadar yürürlükte kalan eski OR m. 259'da, kiralananı devreden, devirden sonra kira sözleşmesinin (kiracının kullanımına bırakma borcunun) ifa edilmesinden devralan ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmekteydi. Bu doğrultuda, kiracı, devreden kiraya verenden sözleşmenin ifasını ya da kiralananı kullanamaması sebebiyle uğradığı zararının tazminini talep edebilirdi (bkz. **Bättig**, Art. 261-261a, N. 13; **Koller**, § 7 N. 10).

⁴³ Toplu hukuki kıyas (ilke kıyası) konusunda bkz. **Serozan** Rona, Hukukta Yöntem, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 121.

⁴⁴ Her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR), eski düzenlemenin aksine, müteselsil sorumluluk öngörülmemiş olmasını bir eksiklik olarak telakki etse de (**Fellmann**, s. 547), bu yönde açık bir düzenleme olmadığı için çeşitli hükümlerden genel bir müteselsil sorumluluğun çıkarılamayacağı görüşünde bkz. **Fellmann**, s. 542.

⁴⁵ İsviçre hukukunda bu imkân, kiralananı sonradan edinen kişiye, bir sonraki fesih dönemi sonu için, fesih bildirim süresine uyarak kullanacağı olağanüstü fesih hakkı ile tanınmaktadır (OR m. 261/2 a). Bu konuda bkz. **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 44; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 18.

korunması adına sözleşme özgürlüğü ilkesinden ödün verirken; diğer taraftan, TBK m. 351/1 ile kiralanamı edinene konut veya işyeri ihtiyacı sebebiyle kira sözleşmesini süresinden önce sona erdirme imkânı tanıyarak, menfaatleri dengelemeye çalışmıştır⁴⁶.

Dikkat edilirse bu imkân, sadece TBK m. 339 anlamında konut ve çatılı işyeri kiralarında söz konusudur, Söz gelimi taşınır, arsa, üstü açık işyeri (örn. açık otopark, akaryakıt istasyonu, çay bahçesi) ve altı ay veya daha kısa süreyle geçici kullanıma özgülenmiş (örn. *airbnb*) konut ve çatılı işyeri kiralarında yeni malikin bu şekilde olağanüstü fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirme imkânı yoktur⁴⁷. Konut ve çatılı işyeri kirası dışındaki kira sözleşmelerinde yeni malik, belirli süreli adi kira sözleşmesi söz konusuysa, sürenin sonunu bekleyecek (TBK m. 327); belirsiz süreli adi kira sözleşmelerinde ise, ancak fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine (TBK m. 328-330) uyarak sözleşmeyi olağan şekilde feshedebilecektir⁴⁸.

Yeri gelmişken önemle belirtelim ki, doktrinde bazı yazarlarca haklı olarak eleştirildiği üzere, TBK sisteminde konut ve çatılı işyeri kiraları ile diğer kira sözleşmeleri arasında kiracının korunması bakımından tuhaf bir ölçüsüzlük göze çarpmaktadır. Kiracının daha fazla korunduğu konut ve çatılı işyeri kiralarında, TBK m. 310 uyarınca sözleşme tarafı haline gelen yeni malik, TBK m. 351/1 ile sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmek yönünde özel bir imkânı sahipken; diğer kira sözleşmelerinde, sözleşme tarafı haline gelen yeni malikin böyle bir olağanüstü fesih hakkı söz konusu değildir. Bu bağlamda, kanun koyucunun konut ve çatılı işyeri dışındaki kira sözleşmelerinde kiracıyı korumada ifrata kaçtığı rahatlıkla söylenebilir⁴⁹. Kiracı lehine tanınan bu ekstra korumanın (ve dolayısıyla eşitsizliğin) kanaatimizce haklı bir gerekçesi yoktur. Hatta taşınır kiralarında, böylesi bir koruma şöyle dursun, kiracının yeni malikin kanun gereği sözleşmeye taraf olması (yasal sözleşme devri) yoluyla korunmaya ihtiyacı olup olmadığı dahi pekâlâ sorgulanabilir. Sonuç olarak, konut ve çatılı işyeri kiraları dışındaki kira sözleşmelerinde yeni malike olağanüstü

⁴⁶ Altınok Ormancı, s. 134.

⁴⁷ Hiç kuşkusuz, kiracının sözleşmeye aykırılığı hallerinde (TBK m. 315, 316) veya Kanun'daki diğer olağanüstü fesih sebeplerinin (TBK m. 331, 332, 333) gerçekleşmesi durumlarında, yeni malikin sözleşmenin süresinin tamamlanmasını beklemeden sözleşmeyi olağanüstü fesih yoluyla sona erdirme hakkı saklıdır.

⁴⁸ Fesih dönemi ve fesih bildirim süreleri konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aydın Gülşah Sinem, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 90 vd.

⁴⁹ İncoğlu, C. 1, s. 575, 576; Öktem Çevik, s. 239 vd.; Özen, 2013, s. 98, 99; Altınok Ormancı, s. 134.

fesih imkânı verilmemesi, menfaatler durumu açısından açıklaması güç bir durum ortaya çıkarmıştır. Bu sebeple, doktrinde, konut ve çatılı işyeri kiraları dışındaki kira sözleşmeleri için de, kaynak OR m. 261/2 (b)'ye koşturularak, yeni malike TBK m. 310'daki korumayı dengeleyecek şekilde özel bir olağanüstü fesih imkânı verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁰. Bu ihtiyaç, daha çok belirli süreli kira sözleşmeleri için söz konusudur, zira yeni malik, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kural olarak⁵¹ TBK m. 329 ve 330'daki fesih süre ve dönemlerine riayet ederek sözleşmeyi keyfi olarak sona erdirmeye imkânına zaten sahiptir.

B. Tahliye Davasının Şartları

Daha önce belirtildiği üzere, kiralanana devralan yeni malik, kanun gereği kira sözleşmesine taraf olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kira ilişkisine aynı şartlarla devam etmek zorundadır. Önceki kiraya veren (eski malik) hangi durumlarda sözleşmeyi feshedebilecekse, yeni malik de o durumlarda sözleşmeyi feshedebilir. Bununla birlikte, konut ve çatılı işyeri kiralarında, yeni malike şartları gerçekleşmişse TBK m. 351 uyarınca ihtiyaç sebebiyle sözleşmeyi süresinden önce feshetme yönünde ilave bir imkân tanınmıştır.

İlgili kanun hükmü (TBK m. 351/1) şu şekildedir: “*Kiralanana sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir*”. Hükümdeki “*edinen kişi*” ibaresi, hem kiralananın yeni malikini hem de kiralanana üzerinde kiracının kullanım hakkıyla bağdaşmayan sınırlı aynı hak (örn. intifa hakkı, üst hakkı, oturma hakkı) sahibini kapsar⁵².

⁵⁰ İnceoğlu, C. 1, s. 575; Öktem Çevik, s. 239 vd.; Özen, 2013, s. 98, 99; Altınok Ormancı, s. 134.

⁵¹ Belirtmek gerekir ki, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, TBK m. 328 uyarınca tarafların anlaşarak daha uzun bir fesih bildirim ve/veya daha uzun bir fesih dönemi belirlemeleri mümkündür. Bu ihtimalde sözleşmesel (iradi) fesih düzeni, TBK m. 328-330 hükümlerindeki yasal fesih düzeninden önce gelir (Arpacı Abdülkadir, Kira Hukuku ve Uygulaması: Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, Temel Yayınları, İstanbul 2002, s. 141 vd.; Aydın, s. 103, 104). Bu bakımdan, örneğin taraflar sözleşmelerinde 10 aylık fesih dönemi ile 5 aylık fesih bildirim süresi tayin etmişlerse, kiralanana devralarak bu sözleşme ile bağlı hale gelen yeni malikin olağanüstü fesih yoluyla sözleşmeyi daha önce sona erdirmeye, yani sözleşmesel fesih döneminin bitmesini beklemeden sözleşmeden kurtulma ihtiyacı söz konusu olabilir.

⁵² Burcuoğlu, s. 439, 440.

Kiralananı edinenin ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açarak kiracıyı tahliye ettirebilmesi, maddede belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Ayrıca şu noktayı ekleyelim ki, bu dava sonucunda tahliye kararının verilebilmesi için, kiralananın “TBK m. 310 anlamında” el değiştirmesi gerekir⁵³. Dolayısıyla, TBK m. 351, mehz OR m. 261’e uygun olarak, TBK m. 310’un devamı gibi okunmalıdır⁵⁴. Farklı bir ifadeyle, TBK m. 310 (ve 311), TBK m. 351’in gizli bir şartıdır.

Kiralananı edinenin ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir⁵⁵:

1. Kiralanan Taşınmazın Kira Sözleşmesinin Kurulmasından ve Kiralananın Kiracıya Tesliminden Sonra⁵⁶ Edinilmesi (TBK m. 310, 311)

Tahliye davasının kapsamına, hem kiralanan taşınmazın mülkiyetinin devredildiği hem de kiralanan taşınmaz üzerinde kiracının kullanım hakkıyla çatışan sınırlı ayni hak tesis edildiği haller girer. Kiralanan

⁵³ **İnceoğlu**, C. 2, s. 372; **Öktem Çevik**, s. 246; **Mehmetoğlu**, s. 174. Kiralanan üzerinde bir sınırlı ayni hak iktisabı gerçekleşmişse, sınırlı ayni hak sahibinin TBK m. 351’e dayanması için, hiç kuşkusuz TBK m. 311’e göre yasal sözleşme devri sonucu doğuran bir sınırlı ayni hakkın varlığı aranacaktır.

⁵⁴ **Paksoy**, s. 141.

⁵⁵ Tahliye davasının şartları konusunda bkz. **İnceoğlu**, C. 2, s. 341 vd.; **Gümüş**, Kira, s. 357 vd.; **Doğan Murat**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 150 vd.; **Öktem Çevik**, s. 245 vd.

⁵⁶ Tahliye davasının açılması, hiç kuşkusuz kiralanan konut veya çatılı işyerinin kiracıya teslim edilmiş olması halinde bir anlam ifade eder. Dolayısıyla, bu şart çerçevesinde belirttiğimiz “kiralananın kiracıya teslimi”, aslında TBK m. 310 ve m. 311’in uygulanabilmesi açısından önem taşır. Ancak bu konu doktrinde tartışmalıdır. Üstün tutulması gereken görüşe göre, kiralananın devrine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi (*i.e.* yasal sözleşme devri) için, kira sözleşmesinin sadece kiralananın devrinden önce kurulması yeterli olmayıp, aynı zamanda kiralananın kiracının kullanımına bırakılmış olması gerekir. Eğer kiralananın devri kira sözleşmesinin kurulmasından sonra ve fakat kiracıya tesliminden önce gerçekleşmişse, yeni malik kira sözleşmesiyle bağlı olmaz. Bu ihtimalde, kiracı, kiralananın kullanım imkânı ortadan kalktığı için, eski malik kiraya verenden subjektif imkânsızlığa dayanarak (TBK m. 112 üzerinden) olumlu zararının tazminini isteyebilir (bu görüşteki yazarlar ve argümanları için bkz. **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 12 vd.; **Permenn**, Art. 261, N. 4; **Weber**, Art. 261, N. 2; **Acar**, m. 310, N. 24, 25; **Gümüş**, Kira, s. 148; **Aral / Ayrancı**, s. 287; **Özen**, 2013, s. 100; **Altınok Ormanci**, s. 128, 129; **Özdemir**, s. 158; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 310; **Paksoy**, s. 135; **Mehmetoğlu**, s. 42). Kiralananın devrine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için kiralananın kiracının kullanımına bırakılmış olmasını gerekli görmeyen görüş için bkz. **Tandoğan**, s. 126 dn. 59; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 4; **Öktem Çevik**, s. 88; **Günel**, s. 169; **Şener**, s. 12; **Çabri**, s. 185; **İkizler**, s. 30; **Ertuğrul**, s. 552.

taşınmazın tapulu ya da tapusuz olması arasında tahliye davası açılabilmesi açısından fark yoktur⁵⁷. Hatta taşınır yapıların TBK m. 339 anlamında konut ve çatılı işyeri sayılabileceği görüşü kabul edilirse, yeni malik ya da sınırlı aynı hak sahibi, bu tür eşyalar için de tahliye davası açabilir⁵⁸. Mülkiyet devrinin hukuki sebebi, satım, bağışlama, trampa sözleşmesi ya da belirli mal vasiyeti gibi cüzi halefiyet yaratan herhangi bir hukuki işlem olabilir. Ayrıca, doktrindeki genel kabule göre, icra veya iflas takibi sonucu satış ya da mahkeme kararına (TMK m. 716) dayanan irade dışı devirler de TBK m. 351'in uygulama alanına dâhildir⁵⁹. Buna karşılık, kiralanan taşınmazın, miras, ticari işletme devri, ticari şirketlerin tür değişmesi, birleşmesi gibi külli halefiyet yoluyla iktisap edildiği hallerde, yeni malikin (örn. mirasçılarının) TBK m. 351'e göre tahliye davası açma imkânı bulunmamaktadır. Zira tahliye davası açılabilmesi için, öncelikle TBK m. 310 kapsamına giren bir devir (cüzi intikal) söz konusu olmalıdır⁶⁰.

2. Kiralananı Edinenin ya da Belirli Yakınlarının Konut veya İşyeri İhtiyacının Bulunması ve Bu İhtiyacın Gerçek ve Samimi Olması

Kiralanan sonradan edinen kişi, gerek kendisinin gerekse TBK m. 351/1'de sayılan eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği yardım etmekle yükümlü olduğu diğer yakınlarının ihtiyacı için tahliye davası açabilir⁶¹.

⁵⁷ **Gümüş**, Kira, s. 357.

⁵⁸ Bu görüşte bkz. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 213; **İnceoğlu**, C. 2, s. 11. Aksi görüşte bkz. **Doğan**, s. 29, 30; **Aydoğdu / Kahveci**, s. 582; **Ural Çınar Nihal**, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 13; **Güler Zeynep**, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Dava Yoluyla Sona Ermesi", İKÜHFD, C. 15 (2), 2016, s. 719; açık olmamakla birlikte **Yavuz Cevdet / Acar Faruk / Özen Burak**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, Beta, İstanbul 2019, s. 320.

⁵⁹ **İnceoğlu**, C. 1, s. 372; **Doğan**, s. 151, 152; **Acar**, m. 310, N. 45 vd.; **Weber**, Art. 261, N. 2; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 11 ve orada dn. 12; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 2; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 2; **Yavuz**, s. 196; **Wytttenbach**, s. 5.

⁶⁰ **İnceoğlu**, C. 1, s. 372; **Öktem Çevik**, s. 246; **Akyiğit**, s. 221; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 8; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 3; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 3; **Mehmetoğlu**, s. 180; **Wytttenbach**, s. 6, 7; **Özdemir**, s. 152; **Güler**, s. 737. Mirasçılarının TBK m. 351'e göre tahliye davası açabileceği yönündeki görüş için bkz. **Tandoğan**, s. 137; **Arpacı**, s. 32; **Burcuoğlu**, s. 441, 442; **Doğan**, s. 151; **Yavuz**, s. 185; **Tosun Yalçın**, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Gereksinimi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 137-138, 2016, s. 42.

⁶¹ Hâkim görüş, Kanun'daki "*bakma yükümlü olduğu diğer kişiler*" ifadesini, kiralananı edinen kişinin TMK m. 364 anlamında nafaka vermekle yükümlü olduğu kardeşi veya kardeşleri şeklinde sınırlayıcı yorumlar (**İnceoğlu**, C. 2, s. 380; **Gümüş**, Kira, s. 346; **Tosun**, s. 44, 45; **Akgün Akay Merve**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

İhtiyacın gerçek ve samimi olması aranır. İhtiyacın gerçek ve samimi olması şartı, TBK m. 351/1'de zikredilen, kiralananı sonradan edinen kişinin “kullanma zorunluluğu” ibaresinden çıkar. Kanun koyucu bu şart ile, kiracının haksız şekilde kiralananı çıkarılmasını ve böylece TBK m. 310'da tanınan korumanın boşa çıkmasını önlemeyi amaçlar⁶². Böylelikle, konut ya da işyeri ihtiyacı olmayan, sadece daha fazla kira geliri elde etmek ya da kiralananı içinde kiracı bulunmadan daha fazla bedel üzerinden satmak arzusundaki yeni malikin tahliye davası açarak kiracıdan kurtulması engellenmek istenir⁶³. Bununla beraber, yeni malik, olur da bu hakkını kötüye kullanıp, aslında ihtiyacı bulunmamasına rağmen kiracıyı tahliye ettirir ve kiralananı başkasına kiralarsa, bu sefer de TBK m. 355'teki yasağı ihlal ettiği için kiracıya yüklü bir tazminat ödemek zorunda kalabilir.

İhtiyacın gerçek ve samimi olduğuna ilişkin ispat yükü, tahliye davasını açan yeni malikin üzerinde olup, ihtiyacın tahliye davasının açılmasından yargılama sona erene kadar devam etmesi aranır⁶⁴. Yargılama bitmeden ihtiyacın ortadan kalkması halinde dava reddedilir⁶⁵. İhtiyacın gerçek ve samimi olup olmadığı, her somut olay özelinde ve durumun koşullarına göre hâkim tarafından takdir edilir (TMK m. 4). Her durumda doğrudan çözüme ulaştıracak sabit ve kesin ölçütler vermenin imkânsız olacağı açıktır. Bu sebeple, Yargıtay uygulamasında bu doğrultuda hâkime yol gösterici mahiyette fiili karinelere dayanılarak görülmektedir⁶⁶.

Sona Erme Sebepleri, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 78, 79). Ancak gerekçede, bu kapsamın “*Türk Medeni Kanununun 364'üncü maddesi gibi hükümlerle*” belirleneceğine işaret edilmesi karşısında, mehz OR m. 261/2 (a)'daki düzenlemeye de yaklaşacak şekilde, kapsamın daha geniş belirlenebileceği görüşü daha isabetli gözükmektedir (örneğin yeğenleri de bu kapsama dâhil eden **Zevkliler / Gökyayla**, s. 371).

⁶² **İnceoğlu**, C. 2, s. 356; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 370, 371.

⁶³ **Öktem Çevik**, s. 255; **Doğan**, s. 91, 92.

⁶⁴ Y. 3. HD., E. 2021/2159, K. 2021/4476, T. 21.4.2021: “*İhtiyaç iddiasına dayalı davalarda tahliye karar verilebilmesi için ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arzetmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sebebinin varlığı yeterli olmayıp, bu ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir*” (aynı yönde bkz. Y. 3. HD., E. 2019/4504, K. 2019/9283, T. 26.11.2019; Y. 3. HD., E. 2018/7142, K. 2019/8005, T. 16.10.2019; Sakarya BAM 6. HD., E. 2020/523, K. 2020/1183, T. 18.12.2020, www.lexpera.com.tr).

⁶⁵ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 379.

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay uygulamasına ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Burcuoğlu**, s. 398 vd.; **İnceoğlu**, C. 2, s. 357 vd.; **Yavuz**, s. 802 vd.; **Mehmetoğlu**, s. 196 vd.; **Akgün Akay**, s. 38 vd.; **Tosun**, s. 45 vd.; **Güler**, s. 725 vd.

3. İktisap Tarihinden İtibaren Bir Ay İçinde Kiracıya Yazılı Bildirimde Bulunulması

TBK m. 351/1'e göre, kiralananı edinenin iktisap tarihinden itibaren bir ay içinde kiracıya yazılı bir bildirim (uygulamadaki yaygın adıyla "iktisap ve ihtiyaç nedeniyle tahliye talepli ihtarname") göndermesi gerekir. Yeni malik bu bildirimde, kiracıya, kiralananın mülkiyetini iktisap ettiğini, kiralanan için konut ya da işyeri ihtiyacı içinde bulunduğunu ve kiralananı boşaltmazsa tahliye davası açacağını bildirir. Yeni malikin, bildirimde kiracıdan kiralananı ne zaman tahliye etmesini istediğini, örneğin onun altı ay sonunda konutu (ya da işyerini) boşaltması gerektiğini dile getirmek zorunda olmadığı kabul edilmektedir⁶⁷. Yine de uygulamada çoğunlukla, kiralananı edinen kişi tarafından noter aracılığıyla gönderilen ihtarnamelerde, kiracıya kiralananı tahliye etmesi için iktisap (ya da tebliğ) tarihinden itibaren en az altı aylık süre tanındığı ya da kira döneminin yenilenmeyeceği belirtilerek, kiracıya sözleşme süresinin sonuna kadar zaman tanındığı görülmektedir. Bildirimin iktisap tarihinden itibaren bir ay içinde kiracının hâkimiyet alanına girmesi gerekir (ulaşma teorisi)⁶⁸. İktisap tarihinden önce yapılan bildirim geçerli değildir⁶⁹. Süre kamu düzenini ilgilendirdiğinden hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve süreye riayet edilmemiş olması durumunda, tahliye davası reddedilir⁷⁰.

Tahliye konusu taşınmazın iktisap tarihi, eski malikin tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği andır. Zira kural olarak taşınmaz mülkiyetinin devri, tapu siciline tescilin yapılması şartıyla, tescil talebinin yevmiye defterine kaydının yapıldığı tarihten itibaren gerçekleşir (TMK m. 1022/1, 2). Kiralanan taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı,

⁶⁷ **Burcuoğlu**, s. 448 vd.; **İnceoğlu**, C. 2, s. 394, 395; **Doğan**, s. 161.

⁶⁸ **Arpacı**, s. 114; **Burcuoğlu**, s. 448, 449; **İnceoğlu**, C. 2, s. 394; **Akyiğit**, s. 231; **Mehmetoğlu**, s. 206; Y. 3. HD., E. 2018/1051, K. 2018/2173, T. 8.3.2018; Y. 6. HD., E. 2012/18618, K. 2013/136, T. 14.1.2013 (www.lexpera.com.tr). Bildirimin yeni malikten kaynaklanmayan bir sebeple geç ulaşması hallerinde, bu görüşün isabetli olmadığı yönünde bkz. **Zevkliler / Gökyayla**, s. 383; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 366, 367). Yargıtay'ın istikrarlı görüşü, bu süre hesaplanırken kiralananın iktisap edildiği tarihin de dikkate alınması gerektiği yönündedir (Y. 3. HD., E. 2017/6068, K. 2019/3923, T. 30.4.2019; Y. 3. HD., E.2019/1642, K. 2019/2625, T. 27.3.2019; Y. 3. HD., E. 2017/7209, K. 2017/17902, T. 20.12.2017; aynı şekilde bkz. Sakarya BAM 6. HD., E. 2020/523, K. 2020/1183, T. 18.12.2020, www.lexpera.com.tr). Doktrindeki ağırlıklı görüş de bu yöndedir (**Burcuoğlu**, s. 448, 449; **Öktem Çevik**, s. 257; **Akyiğit**, s. 230). Buna karşılık, iktisap tarihinin dikkate alınmaması gerektiği yönünde bkz. **İnceoğlu**, C. 2, s. 394.

⁶⁹ **Akyiğit**, s. 230.

⁷⁰ Y. 3. HD., E. 2018/1051, K. 2018/2173, T. 08.03.2018; Y. 6. HD., E. 2015/8404, K. 2015/8515, T. 15.10.2015 (www.lexpera.com.tr).

örneğin mahkeme kararı veya cebri icra gibi hallerde ise, iktisap tarihi farklılaşır. Buna göre, kiralanan taşınmazın iktisap tarihi, inşai nitelikteki mahkeme kararının (TMK m. 716/1) kesinleştiği veya cebri icra takibi sonucu satış söz konusuysa, taşınmazın alıcıya ihale edildiği andır⁷¹. Taşınmaz mülkiyetinin iktisap tarihi, konumuz açısından birkaç noktada önem taşır: (i) Öncelikle, TBK m. 310'a göre kira sözleşmesinin kanun gereği yeni malike devri, kiralananın mülkiyetinin yeni malike "intikal ettiği" an gerçekleşir⁷². (ii) Tahliye davasının açılması için, yazılı bildirim "iktisap tarihinden" itibaren bir ay içinde kiracıya varması gerekir. (iii) Tahliye davası "iktisap tarihinden" altı ay sonra açılmalıdır⁷³.

4. Tahliye Davasının İktisap Tarihinden Altı Ay Sonra Açılmış Olması

Tahliye talepli bildirim (ihtarnameyi) iktisap tarihinden itibaren bir ay içinde kiracıya ulaştırılan yeni malik, TBK m. 351/1'e göre tahliye davasını en erken altı ay sonra açabilir⁷⁴. Tahliye davasının açılması için gereken altı aylık asgari bekleme (kiracı açısından da koruma) süresinin ne zaman başlayacağı, TBK m. 351/1'in lafzından anlaşılmaz. Yargıtay'ın

⁷¹ Birçoğu yerine bkz. **Sirmen A.** Lâle, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 378, 379. Burada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus, kanun koyucunun, TBK m. 310'un gerekçesinde, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 135/2'yi koruma dışında bırakmış olmasıdır. İİK m. 135/2: "*Taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise onbeş gün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkarılıp taşınmaz alıcıya teslim olunur*". Bu hüküm uyarınca, kira sözleşmesinin hacizden önceki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile kanıtlanırsa (örn. kira sözleşmesi şerh verilmişse veya noterde yapılmışsa), yasal sözleşme devri gereği yeni malik sözleşmeyle bağlı olacak; şayet kanıtlanmazsa, yasal sözleşme devri gerçekleşmeyecek ve kiracı işgal eden sayılarak taşınmazdan zorla tahliye ettirilebilecektir (bkz. **İnceoğlu**, C. 1, s. 584, 585; **Mehmetoğlu**, s. 60 vd.).

⁷² **Gümüş**, Kira, s. 149; **Öktem Çevik**, s. 126; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 22. TBK m. 310 anlamında yasal sözleşme devrinin, tapu siciline tescil tarihinde mi (bu görüşte **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 25; **Weber**, Art. 261, N. 3), yoksa tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarihte mi (bu görüşte **Koller**, § 7 N. 19; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 2; **Gümüş**, Kira, s. 149; **Fellmann**, s. 541; **Öktem Çevik**, s. 130; **Mehmetoğlu**, s. 77) gerçekleşeceği tartışmalıdır.

⁷³ **Arpacı**, s. 114; **Burcuoğlu**, s. 448; **İnceoğlu**, C. 2, s. 396; **Gümüş**, Kira, s. 359.

⁷⁴ Y. 6 HD., E. 2016/2761, K. 2016/1953, T. 14.03.2016: "*Davacı vekili iktisaptan itibaren bir ay içinde tebliğ ettirdiği ihtarla iktisap ettiğini davalıya bildirmiş ise de dava yasal 6 aylık süre beklenilmeden 30.04.2015 tarihinde açılmıştır. Açılan dava süresinde olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir*" (www.e-uyar.com).

benimsediği ve doktrindeki hâkim görüş, altı aylık sürenin iktisap tarihinden itibaren başlayacağı yönündedir⁷⁵. Ayrıca bu davanın altı ay geçtikten hemen sonra açılması da şart değildir. Davanın kira sözleşmesinin (kira döneminin) sonuna kadar açılabilmesi mümkündür⁷⁶. Ancak hemen işaret edelim ki, yeni malikin tahliye davası açabilecekken uzun bir süre hareketsiz kalması, ihtiyacının gerçek ve samimi olmadığı yönünde yorumlanabilme riskini beraberinde getirir⁷⁷. Diğer taraftan, yeni malikin bildirimde kiracıya altı aydan fazla süre tanınması halinde, bu süre bitmeden tahliye davası açabilme imkânı yoktur⁷⁸. Zira yeni malikin kiracıya tanıdığı süreye uymayarak tahliye davası açması çelişkili davranış yasağına takılır

⁷⁵ **Arpacı**, s. 114; **Burcuoğlu**, s. 448; **İnceoğlu**, C. 2, s. 396; **Gümüş**, Kira, s. 359. Y. 3. HD., E. 2019/1642, K. 2019/2625, T. 27.3.2019: “Konut ya da çatılı işyeri niteliğindeki bir taşınmazı iktisap eden kimse dilerse eski malik ile kiracı arasında yapılmış sözleşmeye dayanarak sözleşmenin sonunda bir ay içinde, dilerse TBK’nun 351. maddesi uyarınca edinme günü de dâhil olmak üzere edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla edinme tarihinden itibaren altı ay sonra ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açabilir. Davanın altı ayın sonunda hemen açılması şart olmayıp sözleşme sonuna kadar açılması mümkündür. Ancak edinmeyi izleyen bir ay içerisinde bildirim tebliği zorunlu olup bunun sonradan giderilmesi mümkün değildir.”; aynı yönde bkz. Y. 3. HD., E. 2018/1051, K. 2018/2173, T. 08.03.2018; Y. 3. HD., E. 2018/1074, K. 2018/5424, T. 17.05.2018 (www.lexpera.com.tr); Y. 6 HD., E. 2016/2761, K. 2016/1953, T. 14.03.2016 (www.e-uyar.com); Sakarya BAM 6. HD., E. 2020/523, K. 2020/1183, T. 18.12.2020 (www.lexpera.com.tr). Doktrindeki diğer görüşe göre, altı aylık süre, yazılı bildirim kiracıya tebliğ edildiği andan itibaren başlamalıdır (bkz. **Tandoğan**, s. 138; **Aydoğdu / Kahveci**, s. 662, 663). Bu görüşün konumuz bakımından pratik önemi şudur: Altı aylık süre ne kadar erken başlarsa, yeni malikin kiracıyı o kadar erken tahliye ettirebilmesi mümkün olacağından, bu durum, eski malikin kiracıya karşı tazminat sorumluluğunun zamansal kapsamını da etkileyecektir. Zira aşağıda ayrıntılı ele alınacağı üzere, eski malikin sorumluluğu, kiracının sözleşmenin süresinden evvel sona ermesinden kaynaklanan zararlarını kapsar. Sözleşme ne kadar erken sona ererse, kiracının genel itibariyle o kadar fazla zarara uğrayacağı söylenebilir.

⁷⁶ **Burcuoğlu**, s. 451; **İnceoğlu**, C. 2, s. 396; **Yavuz**, s. 801; Y. 3. HD., E. 2019/1642, K. 2019/2625, T. 27.3.2019; Y. 3. HD., E. 2018/1074, K. 2018/5424, T. 17.05.2018 (www.lexpera.com.tr). Şayet iktisap tarihinden itibaren başlayacak altı aylık süre, kira sözleşmesi süresinin bitiminden sonraki bir zamana rastlarsa, tahliye davası bir yıllık uzama süresinin sonuna kadar açılabilir (**İnceoğlu**, C. 2, s. 397; **Mehmetoğlu**, s. 208). Kanaatimizce aynı düşünce, belirsiz süreli kira sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Şöyle ki, iktisap tarihinden itibaren işleyecek altı aylık süre, en yakın fesih döneminin bitiminden sonraki bir zamana rastlarsa, tahliye davası bir sonraki feshi döneminin sonuna kadar açılabilir.

⁷⁷ **Burcuoğlu**, s. 451; **Mehmetoğlu**, s. 207, 208.

⁷⁸ **Gümüş**, Kira, s. 359; Y. 3. HD., E. 2017/7209, K. 2017/17902, T. 20.12.2017 (www.lexpera.com.tr).

(TMK m. 2/2). Ayrıca belirtmek gerekir ki, kiracının da tahliye için mutlaka bildirimde belirtilen süreyi veya altı aylık süreyi bekleme zorunluluğu yoktur. Kiracı, bildirim üzerine kiralananı gönül rızasıyla tahliye edebilir. Yine doğaldır ki, bu şekilde davranan kiracı, TBK m. 325 anlamında kiralananı erken tahliye etmiş sayılmaz ve buna bağlı olarak, örneğin kalan süre için kira bedeli ödeme borcu altında olmaz. Aynı sonuç, tarafların ikale anlaşması yapması durumunda da geçerlidir.

5. Kiracılık Hakkının Tapu Siciline Şerh Edilmemiş Olması

Tahliye davası açılabilmesi için kira sözleşmesinin (kiracılık hakkının) tapu siciline şerh edilmemiş olması gerekir. Zira kira sözleşmesinin tapu siciline şerhi (TBK m. 312), yeni malikin TBK m. 351 uyarınca tahliye davası açarak kira sözleşmesini sona erdirmesini engeller⁷⁹. Şerhin eşyaya bağlı borç etkisi sebebiyle yani malik, şerh süresi boyunca kira sözleşmesini varlığına ve kiracının kullanım hakkına katlanmakla yükümlü olur.

Kanun'da kiracılık hakkının şerhine dair asgari ya da azami herhangi bir kanuni süre şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla, kiracı ile eski malik (kiraya veren), kiracılık hakkının şerhi süresini diledikleri gibi belirleyebilirler⁸⁰. Ancak, şerh süresinin, yeni malikin tahliye davası açabileceği süre bitmeden sona ermesi halinde, yeni malikin, geriye kalan sürede artık şerh korumasından yararlanamayacak olan kiracıyı TBK m. 351/1'e göre kiralananı çıkarabilmesi mümkündür. Örneğin kira başlangıcı 01.02.2021 olan iki yıllık belirli süreli kira sözleşmesi varken, kira konusu taşınmazın mülkiyeti 01.03.2021'de üçüncü kişiye devredilir. Yeni malik üçüncü kişi, bu tarihten itibaren bir ay içinde yazılı bildirimde bulunmak koşuluyla, kira sözleşmesini 31.01.2023'e kadar ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açarak

⁷⁹ **Arpacı**, s. 117; **İnceoğlu**, C. 2, s. 366; **Bättig**, Art. 261b, N. 8; **Gümüş**, Kira, s. 154; **Doğan**, s. 159; **Hulliger** Urban, Mietrecht In a Nutshell, Dike, Zürich 2020, s. 135; **Aral / Ayrancı**, s. 289; **Paksoy**, s. 141; **Fellmann**, s. 547; **Zucker** Armin / **Eichenberger** Christian, "Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch - Ausgewählte praktische Fragen", Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 2010, s. 835. Diğer taraftan, kira sözleşmesinin şerh edildiği hallerde, yeni malikin TBK m. 350'ye göre ihtiyaç sebebiyle ya da yeniden inşa veya imar amacıyla tahliye davası açıp açamayacağı tartışmalıdır. Yeni malikin şerhin varlığı nedeniyle TBK m. 350 üzerinden tahliye davası açamayacağı yönündeki görüş için bkz. **Burcuoğlu**, s. 135, 136; **Acar**, m. 312, N. 19; krş. **İnceoğlu**, C. 1, s. 614; **Öktem Çevik**, s. 299, 300. Buna karşılık, bizce de isabetli olan diğer görüşe göre, kira sözleşmesinin şerh edilmiş olması, yeni malikin TBK m. 350'ye göre sözleşmeyi sona erdirmesini önleyecek bir etkiye sahip değildir (**Paksoy**, s. 140, 141; krş. **Mehmetoğlu**, s. 165, 166).

⁸⁰ **İnceoğlu**, C. 1, s. 613; **Higi / Wildisen**, Art. 261b, N. 7; **Bättig**, Art. 261b, N. 5; **Öktem Çevik**, s. 294; **Zucker / Eichenberger**, s. 840, 841.

feshedebilir. Bu örnekte, tapu kütüğündeki şerh süresi kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden (01.02.2021) itibaren bir yıl olacak şekilde belirlenmişse, yeni malik şerhin koruyucu etkisinin sona erdiği 31.01.2022'den itibaren tahliye davası açarak kiracıyı çıkarabilecektir. Bu durumda, kiracı, kira sözleşmesinin erken sona ermesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini elbette eski malikten talep edebilir.

C. Kiracının Korunması

Kiralananı devralan yeni malikin TBK m. 351'e göre dava açarak kiracıyı tahliye ettirebilme imkânı karşısında, kiracının da duruma göre çeşitli imkânlardan yararlanarak, farklı açılardan korunabilmesi olanaklıdır. Bu imkânlar başlıca şu şekilde sıralanabilir:

- **Tahliye davasındaki savunmalar:** Kiracı, kendisine karşı açılan tahliye davasında çeşitli savunmalarda bulunarak tahliyeyi engelleyebilir. Öncelikle, TBK m. 310'un şartlarının veya şartlarından birinin mevcut olmadığını ve böylece yasal sözleşme devrinin gerçekleşmediğini ileri sürebilir. Bu bağlamda, kiracı, eski malik ile yeni malik arasındaki satış sözleşmesinin veya tasarruf işleminin (tescil talebinin) geçersiz olduğu itirazında bulunabilir. Örneğin taraflardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması veya satış sözleşmesinin muvazaalı olması nedeniyle yeni malik adına yapılan tescilin yolsuz olduğunun ileri sürülmesi böyledir⁸¹. Kiracı, yeni malik ile eski malik arasında muvazaalı devir bulunduğunu her türlü delille ispatlayabilir ve böylece tahliye davasının reddini sağlayabilir⁸². Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın görüşü, tahliye davasında muvazaa iddiasının dinlenmeyeceği yönündedir⁸³. Bu görüşten hareket edilirse, kiracının bu tehlikeyi bertaraf edebilmesi için, muvazaanın tespiti için ayrı bir dava açarak, kararı tahliye davasının sonuçlanmasından önce elde etmesi ya da tahliye davası açısından bu konunun mahkeme tarafından bekletici mesele olarak kabul edilmesi gerekir⁸⁴. Ancak bu her zaman mümkün olmadığından ve kiracıyı koruma amacına da ters düştüğünden, doktrinde Yargıtay'ın bu tutumu haklı olarak eleştirilmektedir. Bu bağlamda,

⁸¹ Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde (örn. cebri icra, mahkeme kararı), kiracının, yeni malikin açtığı tahliye davasında, henüz açıklayıcı tescilin yapılmadığı savunmasında bulunarak tahliyeyi engelleyebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir (İnceoğlu, C. 2, s. 373; Öktem Çevik, s. 246; karşıt görüşte bkz. Doğan, s. 152).

⁸² İnceoğlu, C. 1, s. 597; Acar, m. 310, N. 53, 54; Doğan, s. 153.

⁸³ Y. 6. HD., E. 2014/13336, K. 2015/39, T. 12.01.2015; Y. HGK., T., E. 1990/6-580, K. 1990/640, T. 19.12.1990 (www.legalbank.net).

⁸⁴ Öktem Çevik, s. 251, 252.

muvazaanın bir itiraz sebebi teşkil etmesinden hareketle, kiracının tahliye davasında bu yönde bir savunma yapabilmesi ve yine buna bağlı olarak, hâkimin de dosyadan anlaşıldığı kadarıyla bu durumu re'sen dikkate alması gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁵.

Kiracının tahliye davasının şartlarına ilişkin savunma yaparak korunabilmesi de mümkündür. Örneğin tahliye davasında yeni malikin gerçek ve samimi bir ihtiyaç içinde olmadığını gösteren olguları ileri sürerek savunma yapabilir⁸⁶. Söz gelimi kiracı, yeni malikin tahliye davası açmadan önce kendisine fahiş bir kira artırım teklifinde bulunduğunu ileri sürerek, duruma göre ihtiyacın samimi olmadığını ispatlayabilir⁸⁷. Uygulamada çokça karşılaşılan bir diğer durum, yeniden inşa veya imar kastı bulunan bazı yeni maliklerin kira sözleşmesinin sona ermesini beklemek zahmetinden kurtulmak amacıyla, tahliye davasını TBK m. 350/b. 2 yerine TBK m. 351/1'e dayandırmalarıdır⁸⁸. Dolayısıyla, yeni malikin aslında kiralananada esaslı onarım veya değişiklik yapmak niyetinde olduğu hallerde, ihtiyaca dayalı tahliye davasının reddedilmesi gündeme gelecektir⁸⁹.

Bu noktada akla gelebilecek bir ihtimal de, yeni malikin eski malike karşı, kiracı aleyhine ihtiyaca dayalı tahliye davası açma hakkını kullanmayacağı veya mevcut kira sözleşmesini üstleneceği taahhüdünde bulunmuş olmasıdır⁹⁰. Nitekim TBK m. 310'daki yasal sözleşme devrine

⁸⁵ **İnceoğlu**, C. 1, s. 597, 598; **Acar**, m. 310, N. 53, 54; **Öktem Çevik**, s. 251; **Doğan**, s. 153; **Mehmetoğlu**, s. 83.

⁸⁶ **Giger** Hans, BK-Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR, Stämpfli, Bern 2020, Art. 261, N. 32; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 22; **Fellmann**, s. 544; **Roncoroni**, s. 216.

⁸⁷ **Burcuoğlu**, s. 430; krş. **İnceoğlu**, C. 2, s. 365; **Doğan**, s. 126, 127; Y. 6. HD., E. 2010/6598, K. 2010/12501, T. 11.11.2010 (www.legalbank.net).

⁸⁸ Y. 6. HD., E. 2015/12499, K. 2016/6132, T. 24.10.2016: “Mahkemece, somut olayda davacı proje değişikliğine dayanarak kiralananada bazı değişiklikler yapacağından, bazı kısımları yıkıp esaslı tadilat ve tamirat yapacağından bahisle TBK'nun 351/1 maddesi uyarınca dava açmış ise de, 6570 sayılı yasanın 7/d (TBK'nun 351/1) maddesindeki sürelerden yararlanarak inşaat nedeniyle tahliye davası açamayacağı, anılan maddenin yeni malike sadece kiralananı olduğu gibi kullanma ihtiyacı nedeni ile dava açma hakkı verdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir”; Y. 6. HD., E. 2015/10447, K. 2016/3562, T. 02.05.2016; Y. 6. HD., E. 2014/4747, K. 2014/5721, T. 5.5.2014 (www.lexpera.com.tr); Y. 6. HD., E. 2003/9518, K. 2004/113, T. 19.1.2004; Y. 6. HD., E. 1994/12607, K. 1994/12922, T. 20.12.1994 (www.kazanci.com.tr).

⁸⁹ **Burcuoğlu**, s. 420; **Doğan**, s. 124; krş. **İnceoğlu**, C. 2, s. 364.

⁹⁰ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 16; **Weber**, Art. 261, N. 8; **İnceoğlu**, C. 2, s. 399; **Fellmann**, s. 546.

ilave olarak, yeni malik ile eski malik arasında kiracı lehine bu tür taahhütler içeren üstlenme anlaşması yapılması mümkündür. Yeni malikin kira sözleşmesini eskisi gibi sürdüreceği ya da tahliye davası açma hakkını kullanmayacağı yönündeki taahhütleri, kiralananın devrine hukuki sebep teşkil eden sözleşmede (örn. satış, bağışlama) yer alabileceği gibi, ayrı bir anlaşmayla da dile getirilebilir⁹¹. Bu taahhütlerin, kural olarak, sözleşmeyi fesih hakkından tam üçüncü kişi (kiracı) yararına feragat şeklinde yorumlanacağı kabul edilmektedir⁹². Bu sebeple, eski malik ile yeni malik arasındaki anlaşmanın yorumundan feragat iradesine ulaşılabildiği bir ihtimalde, kiracı, yeni malikin daha sonra kendisine karşı açtığı tahliye davasında itirazda bulunarak davanın reddini sağlayabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi yararına bu tür bir üstlenme anlaşmasının yapılması, eski malik açısından da avantajlıdır. Zira böyle bir anlaşmanın (taahhüdün) bulunmadığı bir kurguda, yeni malikin TBK m. 351/1 uyarınca kira sözleşmesini süresinden önce sona erdirmesi sebebiyle eski malikin kiracıya karşı tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir⁹³. Öte yandan, yeni malikin söz konusu taahhüt açıklamalarının duruma göre güven ilkesi çerçevesinde feragat iradesi olarak yorumlanmama ihtimali, düşük de olsa vardır. Bu ihtimalde, yeni malikin taahhüdü, eski maliki kiracının tahliye sebebiyle uğradığı zararı tazmin etme borcundan kurtarma (iç üstlenme) taahhüdü şeklinde yorumlanabilecektir⁹⁴.

- **Kiracılık hakkının şerhi (TBK m. 312):** Şayet kiracı, zamanında eski maliki ikna etmiş ve bunun sonucunda kira sözleşmesi tapu siciline şerh edilmişse, şerh süresince yeni malikin TBK m. 351'e göre ihtiyaca dayalı tahliye imkânı ortadan kalkar⁹⁵. Böylece, yeni malik, şerh süresi boyunca kiracının kullanım hakkına katlanmak yükümlü olacaktır. Kiracının TBK m. 351'e karşı korunmasının en sağlam yolu budur. Ancak belirtelim ki,

⁹¹ **Fellmann**, s. 546; **Wytttenbach**, s. 8 ve dn. 25. Ayrı bir anlaşma tarzında yapılması halinde, üstlenmenin geçerliliği şekle bağlı değildir (**Roncoroni**, s. 215).

⁹² **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 16; **Weber**, Art. 261, N. 8; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 7; **Fellmann**, s. 546; **Wytttenbach**, s. 8.

⁹³ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 16.

⁹⁴ **Fellmann**, s. 546, 547. Bu hükmün, tazminatın ödenmesinden sonra eski malikin yeni malike rücu klozu şeklinde yorumlanabilmesi de mümkündür (krş. **Roncoroni**, s. 219, 220).

⁹⁵ **Arpacı**, s. 117; **İnceoğlu**, C. 2, s. 366; **Bättig**, Art. 261b, N. 8; **Gümüş**, Kira, s. 154; **Doğan**, s. 159; **Hulliger**, s. 135; **Aral / Ayrancı**, s. 289; **Paksoy**, s. 141; **Fellmann**, s. 547; **Zucker / Eichenberger**, s. 835. Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/1 (ç)'ye göre kiracılık hakkının tapu siciline şerhi için kira sözleşmesinin yazılı yapılmış olması aranır.

kiracının bu şekilde korunması, en nihayetinde kiralananı devreden malikin rızasına (şerh anlaşmasına) bağlıdır⁹⁶.

- **Yeniden kiralama yaşağına aykırılık halinde tazminat (TBK m. 355):** TBK m. 351'e dayanarak kiracıyı tahliye ettiren yeni malik, haklı sebep olmaksızın kiralananı üç yıl içinde başkasına kiraladığı takdirde, TBK m. 355/3'e göre son kira yılında ödediği bir yıllık kira bedelinden az olmayacak miktarda bir tazminat ödemekle yükümlü olur⁹⁷. Doktrinde, TBK m. 355'te geçen "kiraya veren" kavramına, kiralananı sonradan devralarak TBK m. 310 uyarınca kira sözleşmesine taraf haline gelen yeni malikin de dâhil olduğu kabul edilmektedir⁹⁸. Ayrıca, hükümde öngörülen tazminatın hukuki niteliği de tartışmalı olup, bizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, burada bir medeni hukuk cezası söz konusudur⁹⁹. Yasak ihlal edildiği takdirde, kiracı zararı olsun olmasın hükümdeki bir yıllık kira bedelini her hâlükârda talep edebilir. Kiracı, hükümdeki bir yıllık kira bedeline ilave olarak uğradığı zararın tazminini de isteyebilir (taleplerin yığılması)¹⁰⁰.

Kiracının, yeniden kiralama yaşağını ihlal eden yeni malikten tazminat talep edebilmesi için, kiralananın muhakkak tahliye davası sonucunda boşaltılmasının şart olmadığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kiracının ihtiyaç içindeki yeni malik ile anlaşarak ya da yeni malikin ihtiyaca dayalı tahliye talepli bildirimini (ihtarı) üzerine kiralananı kendiliğinden tahliye etmesi halinde de, hüküm uygulama alanı bulmalıdır¹⁰¹. Buna karşılık,

⁹⁶ Şerh talebinde bulunacak olan maliktir, fakat eğer bu yönde bir temsil yetkisi verilmişse, kiracının da şerh anlaşmasına dayanarak şerh talebinde bulunması mümkündür (**Zucker / Eichenberger**, s. 836; **Higi / Wildisen**, Art. 261b, N. 8).

⁹⁷ Burada öngörülen tazminatın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gül İbrahim**, "Yeniden Kiralama Yaşığına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'ya Armağan, C. 18, S. 2, 2021, s. 944 vd.; **İnceoğlu**, C. 2, s. 541, 542; **Gümüş**, Kira, 323 vd.

⁹⁸ **Burcuoğlu**, s. 471; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 358, 359; **Mehmetoğlu**, s. 213; **Gül**, s. 937.

⁹⁹ **İnceoğlu**, C. 2, s. 541; **Gümüş**, Kira, s. 323; **Akgün Akay**, s. 93; **Gül**, s. 947.

¹⁰⁰ **Gümüş**, Kira, s. 325; **Aydoğdu / Kahveci**, s. 660, 661; **Gül**, s. 947; kiracının bir yıllık kira bedelini aşan zararı yoksa, sadece hükümde öngörülen asgari tazminat miktarını talep edebileceği yönünde bkz. **İnceoğlu**, C. 2, s. 542; **Aral / Ayrancı**, s. 329.

¹⁰¹ **İnceoğlu**, C. 2, s. 535, 536; **Akyiğit**, s. 214; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 380; **Aydoğdu / Kahveci**, s. 660, 661; **Gül**, s. 938. TBK m. 355/1'deki "Kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında" ibaresinin de bu görüşü desteklediği yönünde bkz. **İnceoğlu**, C. 2, s. 535; **Doğan**, s. 103, 104. TBK öncesi döneme ilişkin olmakla birlikte, Yargıtay da bir kararında aynı sonuca ulaşmıştır: "Davacı, davalının açtığı tahliye davası sonunda verilen kararın kesinleşmesinden önce ve icra yoluna gidilmeden evi boşaltmıştır.

Yargıtay'ın yerleşik görüşüne göre, bu madde uyarınca tazminata hükmedilebilmesi, “kiralananın tahliyesi için dava açılması ve tahliye davasında verilecek olan kiralananın tahliyesine dair hükmün ilamlı icra yolu ile infazı sonucunda kiralananın tahliye edilmesi” halinde mümkündür¹⁰².

Bu konuda değinilmesi gereken diğer husus, TBK m. 355'te sadece kiraya verenin kiralananı başkasına “kiralamasının” yaptırma bağlanmış olmasıdır. Bu sebeple, hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, kiracıyı ihtiyaca dayalı tahliye ettiren yeni malikin, taşınmazı kendisi kullanmayıp veya yakınlarına kullandırmayıp, örneğin başkasına sattığında, bağışladığında, ariyet verdiğinde, taşınmaz üzerinde başkasına intifa ya da oturma hakkı tesis ettiğinde tazminat sorumluluğu altına girmeyeceği sonucuna varılır¹⁰³. Ancak bu sonucun adil olup olmadığı, hükmün amacı da dikkate alınarak sorgulanmalıdır.

Doktrinde, intifa hakkı, oturma hakkı, satış ve ariyet sözleşmelerine ilişkin çeşitli görüşlere rastlamak mümkündür. Örneğin *İnceoğlu*'na göre, kiraya verenin (yeni malikin) haklı sebep olmadan, kiralananı eski kiracısına kiralamayıp başkasına satması ihtimalinin, olması gereken hukuk açısından yasağın kapsamına girmesi gerekir. Hatta yazarın ifadelerinden, kiralananın ariyet sözleşmesi çerçevesinde kullandırılması durumunda da aynı görüşte olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak yazar, yürürlükteki hukuk bakımından bu hallerin TBK m. 355'e dâhil olmadığını da belirtmektedir¹⁰⁴. *Gül* ise, kiraya verenin (yeni malikin) üçüncü kişiye intifa ya da oturma hakkı

Böylece taşınmazın davalının ihtiyacının varlığı nedeniyle boşaltıldığı anlaşılmaktadır. Ne var ki, davalı bundan sonra yasada öngörülen süre dolmadan taşınmazı üçüncü kişiye yeniden kiraya vermiştir. Bu durumda davalının 6570 sayılı Yasa'nın 15 ve 16. maddelerine aykırı davrandığı kabul edilmelidir. Davacının tahliye kararı kesinleşmeden taşınmazı boşaltması, anılan yasal düzenlemenin uygulanmasına engel değildir” (Y. 4. HD., E. 2009/9229, K. 2010/4396, T. 14.04.2010, www.lexpera.com.tr).

¹⁰² Y. 6. HD., E. 2015/6530, K. 2015/10458, T. 26.11.2015; Y. 3. HD., E. 2018/5894, K. 2019/6781, T. 17.9.2019: “Kaldı ki; Dava dışı yeni malığın, gereksinim amacıyla bir tahliye davası açmadığı anlaşılmakta olup, davacı kiracı, taşınmazı bir yargı kararı veya icra marifetiyle tahliye etmemiştir. Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 355. maddesi uyarınca tazminat koşulları oluşmamıştır”; aynı yönde bkz. Ankara BAM 15. HD., E. 2018/1948, K. 2019/743, T. 04.04.2019; İzmir BAM 6. HD., E. 2018/454, K. 2019/340, T. 01.03.2019 (www.lexpera.com.tr); benzer yönde bkz. Y. 3. HD., E. 2017/4956, K. 2019/871, T. 07.02.2019; Y. 3. HD., E. 2017/4632, K. 2019/1687, T. 21.02.2019; TBK öncesi dönem için bkz. Y. 6. HD., E. 2016/13, K. 2016/2182, T. 21.03.2016, (legalbank).

¹⁰³ *İnceoğlu*, C. 2, s. 536; *Akyiğit*, s. 217; *Gül*, s. 941.

¹⁰⁴ *İnceoğlu*, C. 2, s. 536.

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

tanıdığı hallerde, kira benzeri bir gelirin elde edildiği düşüncesinden hareketle, bu hakların tesis edilmesinin hukuki sebebini teşkil eden sözleşmelerin yeniden kiralama yasağına dâhil olduğu görüşündedir¹⁰⁵.

Yazarların *de lege ferenda* görüşlerine katılmakla birlikte, yürürlükteki hukuk açısından da kiracının korunmasına yönelik çeşitli çözümlerin bulunabileceği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, gerçekte kiralanana ihtiyacı olmayan yeni malikin, tahliyeyi sağladıktan sonra kiralanana kendisi kullanmayıp ya da yakınlarına kullandırmayıp, kiralanana başkasına satması, bağışlaması, ariyet vermesi, intifa veya oturma hakkına konu etmesinin “kanuna karşı hile” teşkil ettiği söylenebilir¹⁰⁶. Gerçekten de, TBK m. 355’in ruhuna (amacına) bakıldığında, kanun koyucunun emredici bu hüküm ile kiraya verenin kiracıyı kötüniyetle (göstermelik sebeplerle) tahliye etmesini önleme amacı taşıdığı anlaşılır¹⁰⁷. Buna bağlı olarak, TBK m. 355/3’teki “son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmayacak” miktardaki bir tazminat sorumluluğu ile bu yasağa aykırılık yaptırımı (hukuki sonuca) bağlanmıştır. Bununla birlikte, kiraya verenin “haklı sebebini” bulunduğu haller de yasak kapsamı dışında bırakılmıştır (TBK m. 355/1). Şu halde, kiralanana tahliye ettirdikten sonra üç yıl içinde başkasına satan, bağışlayan, ariyet veren ya da kiralanana üzerinde başkası lehine intifa veya oturma hakkı tesis eden yeni malikin, TBK m. 355’in öngördüğü yaptırımdan kurtulmak amacıyla, kanunun izin verdiği geçerli hukuki işlemlere başvurarak hükmü dolandırdığı ve böylece, yasaklanan amaca dolaylı yoldan ulaştığı kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak, yeni malikin kanuna karşı hile teşkil eden hukuki işlemleri, amacına (ruhuna) uygun olarak geniş yorumlanacak veya kıyasen uygulanacak olan TBK m. 355’i ihlal etmiş sayılır. Böylece, dolanılan bu hükmün yaptırımı (medeni hukuk

¹⁰⁵ **Gül**, s. 941 (Ancak yazar, kiralananın satış veya ariyet sözleşmesine konu edilmesinin yasak kapsamına girmeyeceğini ifade etmektedir).

¹⁰⁶ Yeni malikin (kiraya verenin), kiralanana TBK m. 351’de zikredilen yakınlarına konut ya da işyeri ihtiyaçlarını karşılamaları için bağışlaması, ariyet vermesi veya kiralanana üzerinde onlar için intifa yahut oturma hakkı tesis etmesi, yeniden kiralama yasağının kapsamına girmez. Bizim burada bahsettiğimiz ihtimal, yani yasağın kapsamına dâhil olması gereken durum, bu hakların TBK m. 351’de sayılanlar (ve hiç kuşkusuz kiracı) dışındaki bir kişiye tanınmasıdır. Aynı şekilde, tahliyeden sonra kiralananın üç yıl boyunca yeni malikin ya da yakınlarının kullanımında olması (ihtiyacı karşılaması) kaydıyla, bu süreçte kiralananın mülkiyetinin bağışlama veya satış sözleşmesine dayalı olarak başkasına devredilmesi de kanuna karşı hile teşkil etmez.

¹⁰⁷ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 657; **Gül**, s. 944.

cezası), bu ihtimallere de uygulanır¹⁰⁸. Ancak belirtelim ki, yeni malikin yasağa takılan hukuki işlemlerinin geçerliliği bu durumdan etkilenmez¹⁰⁹.

- **Eski malikten tazminat talebi:** Kiracı, TBK m. 351/1 uyarınca tahliye gerçekleştiği takdirde, kira sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesi sebebiyle eski malikten tazminat talep edebilir. Bu konuya aşağıda etraflıca temas edileceğinden, şimdilik sadece belirtmekle yetiniyoruz.

- **Kiracı ile eski malik arasındaki cezai şart anlaşması:** Eski malikin (önceki kiraya verenin) kira süresince kiralananın mülkiyetini devretmeme (devir yasağı taahhüdü) ya da kiracılık hakkını etkileyen bir sınırlı ayni hak tesis etmeme taahhüdünde bulunması ve buna aykırılığın sözleşme cezasına (TBK m. 179) bağlanması mümkündür¹¹⁰. Ayrıca, taraflar, kiralananın devri halinde yeni malikin kiracıyı ihtiyaç sebebiyle tahliye ettirmesi ihtimali için de cezai şart kararlaştırabilirler. Bu ihtimalde cezaya bağlanan borca aykırılık, eski malikin kiralananı devrederek ya da sınırlı ayni hakka konu ederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesine yol açmasıdır¹¹¹. Aşağıda belirtileceği üzere, yeni malikin tahliyeyi sağladığı hallerde, eski malik hemen her zaman kusurlu olacağından, kiracının sözleşme cezasının ödenmesi talebinin hiçbir zaman boşa çıkmayacağı söylenebilir. Fakat

¹⁰⁸ Kanuna karşı hile konusunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu** Necip, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme, 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, § 35 N. 68, 78; **Serozan** Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, § 5 N. 50; **Antalya** Gökhan / **Topuz** Murat, Medeni Hukuk (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), Cilt 1, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, N. 1886 vd.

¹⁰⁹ Doktrinde hâkim görüş, kanuna karşı hile teşkil eden hukuki işlemin geçerli olduğu yönündedir (**Kocayusufpaşaoğlu**, § 35 N. 68; **Dural** Mustafa / **Sarı** Suat, Türk Özel Hukuku: Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, N. 1228).

¹¹⁰ **İnceoğlu**, C. 1, s. 577; **Yavuz**, s. 184; **Günel**, s. 200; **Öktem Çevik**, s. 45; **Mehmetoğlu**, s. 36, 37.

¹¹¹ Eski malik ile kiracının, sözleşmede cezai şart öngörmek yerine götürü tazminat miktarı belirlemeleri de olanaklıdır. Bunun dışında akla gelebilecek başka bir ihtimal de, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasıdır (TBK m. 128). Buna göre, eski malik (taahhütte bulunan), kiracıya (taahhütte bulunulana), üçüncü kişinin (yeni malikin) kira süresi boyunca tahliye davası açmayacağını taahhüt ederek, tahliye davası açıldığı takdirde kiracının bundan dolayı uğrayacağı zararı karşılama borcu altına girebilir. Dikkat edilirse, bu ihtimalde üçüncü kişinin (yeni malikin) olumsuz bir fiili taahhüt edilmektedir. Doktrinde, üçüncü kişinin yapmama şeklindeki fiilinin taahhüt edildiği hallerin de TBK m. 128 kapsamına gireceği kabul edilmektedir (birçoğu yerine bkz. **Yüce** Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 35).

hemen dikkat çekelim ki, cezai şart hükmü ile kiracının korunması, tıpkı şerhteki gibi, öncesinde daima eski malik ile kiracı arasında bu yönde bir anlaşmanın varlığına bağlıdır. Bu sebeple, bu imkân çoğunlukla pazarlık gücü yüksek ve öngörülü kiracılar için gündeme gelecektir.

III. KİRACININ ESKİ MALİKTEN TAZMİNAT TALEBİ

A. Genel Bakış ve Yasal Dayanak

Kiralananı devralan yeni malikin TBK m. 351/1'e göre ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açarak kira sözleşmesini süresinden önce feshetmesi, kiracının zarara uğramasına sebep olabilir. Bu bağlamda, kiralananı tahliye eden kiracının başka bir yer için daha fazla kira bedeli ödemesi, taşınma masrafları, gelir kayıpları gibi zararları gündeme gelebilir.

TBK'da kiracının bu şekilde erken fesih sebebiyle ortaya çıkan zararının tazminini talep edip edemeyeceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Hâlbuki mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 261/3'te, yeni malikin ihtiyaç sebebine dayanarak sözleşmeyi feshetmesi durumunda, kiracının, sözleşmenin süresinden evvel sona ermesi yüzünden uğradığı zararlar için önceki kiraya verenden (çoğu zaman bu kişi eski malik olacaktır) tazminat talep etme imkânı bulunduğu açıkça düzenlenmektedir¹¹². İlgili hükme (OR m. 261/3) göre, “*Yeni malik, önceki kiraya veren ile olan sözleşmenin izin verdiğiinden daha önce sözleşmeyi feshederse, önceki kiraya veren kiracıya karşı bundan doğan zarardan sorumlu olur*”¹¹³.

Bu hükmün TBK m. 310 ya da TBK m. 351 düzenlenirken Kanun'a neden alınmadığına ilişkin gerekçede herhangi bir açıklama yoktur¹¹⁴. Bu

¹¹² Bu imkân, sadece OR m. 261/2 (a)'da düzenlenen konut ve işyeri kiralalarında gündeme gelen acil ihtiyaç sebebiyle tahliye durumunda değil, diğer eşyalara ilişkin kira sözleşmelerinde yeni malikin kira sözleşmesini olağanüstü fesih yoluyla süresinden önce feshettiği (OR m. 261/2 (b)) hallerde de tanınır.

¹¹³ Bu hükmün nispi emredici olduğu, dolayısıyla kira sözleşmesinde kiracı aleyhine yapılan bir düzenlemenin kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir (**Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 3; **Bättig**, Art. 261-261a, N 1; **Hulliger / Heinrich**, Art. 261-261b, N. 1).

¹¹⁴ Kanun'un gerekçesinde TBK m. 310 düzenlenirken OR m. 261'in birinci ve dördüncü fıkrasının dikkate alındığı belirtilmektedir. OR m. 261/2'nin a bendinde düzenlenen yeni malikin ihtiyaç sebebiyle sözleşmeyi feshetmesi hükmü, 351. madde olarak konut ve çatılı işyeri kiralari hükümleri arasına yerleştirilmiş, ancak eski malike karşı ileri sürülebilecek tazminat talebine ilişkin hüküm (OR m. 261/3) Kanun'a alınmamıştır. Bununla beraber, kiracının eski malikten tazminat talebi konusu, 27-29 Haziran 2013 tarihinde, Prof. Dr. Mustafa Fadil Yıldırım'ın moderatörlük görevini üstlendiği Borçlar Kanunu Çalıştayı'nda tartışılmıştır. Çalıştay'da “*Kanun'un mevcut haliyle akdi ihlal eden eski malikten tazminat istemini engellemeyeceği, genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının mevcut olduğu*”
YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

noktada üç ihtimal akla gelir. Birinci ihtimal, burada bir nitelikli susma söz konusudur. Yani kanun koyucu, ilgili hükmü TBK'ya almayarak sorunu menfi olarak çözmeyi tercih etmiştir. İkinci ihtimale göre, Kanun'da bu yönde bir hükmün bulunmaması kanun boşluğu anlamına gelir. Üçüncü ihtimal ise, kanun koyucunun bu sorunun zaten TBK m. 112'deki genel borca aykırılık hükmü ile çözülebileceği düşüncesiyle ilgili hükmü kanuna dâhil etmemiş olmasıdır.

Türk doktrininde, kiracının böyle bir tazminat hakkına sahip olup olmadığı ve bu tazminat sorumluluğunun hukuki dayanağı konularında çeşitli görüşler vardır. İsviçre'de ise, tartışma, daha çok eski malikin (önceki kiraya verenin) tazminat sorumluluğuna sebep olan borca aykırı fiilinin ne zaman gerçekleştiğine ilişkindir¹¹⁵.

Türk doktrinindeki hâkim görüş, eski malikin kiralananı devrederek kira sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesine yol açmasının sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği ve TBK m. 112'ye göre kiracıya karşı tazminat sorumluluğu bulunduğu yönündedir¹¹⁶. Eski malikin kiralananı devretmesinden kaynaklanan sorumluluğu esas itibariyle *pacta sunt servanda* ilkesine dayanır¹¹⁷. Zira kiracı, kira sözleşmesini eski malik ile yapmış ve eski malik tarafından kendisine kiralananın sözleşme süresince kullanımında bulundurulacağı sözü verilmiştir. Yeni malike kiralananı devreden ve yeni malikin kiracıyı tahliye ettirmesi nedeniyle verdiği sözü tutamayan da eski malikin kendisidir. Ayrıca şunu da ekleyelim ki, Borçlar Hukukunun temel *ratio*'larına göre (örn. alacağın devrinde TBK m. 188 akla gelsin), yasal sözleşme devri iradesi dışında gerçekleşen kiracının, bu taraf değişikliği sebebiyle hukuki durumunun kötüleşmemesi gerekir¹¹⁸. Bu bakımdan, TBK m. 351/1 uyarınca sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmeye imkânına sahip yeni malikten bu sebeple herhangi bir tazminat talep edemeyecek olan kiracının, zararları için eski malike de başvuramayacak olması, Kanun'un kiracıyı koruma düşüncesine ters düşer.

görüşü paylaşılmıştır" (Yıldırım Mustafa Fadıl, "Kiralananın Temlik Halinde Kiracının Korunması Gereksiz mi? -Kiralananın Temlik Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye Edilen Kiracının Tazminat Talebi-", GÜHFD, C. 17, S. 4, 2013, s. 124'ten naklen).

¹¹⁵ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 51; Lüscher, s. 952, 953.

¹¹⁶ İnceoğlu, C. 1, s. 599; Öktem Çevik, s. 262, 263; Yavuz, s. 184; Günel, s. 199; Mehmetoğlu, s. 217, 218; Gündüz Ş. Deren, Olumlu Zarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 329; Aral / Ayrancı, s. 288; Ertuğrul, s. 566, 567. Açık olmamakla birlikte, Yargıtay'ın da eski malikin tazminat sorumluluğunu kabul ettiği söylenebilir (bkz. Y. 6. HD., E. 2015/6315, K. 2016/1524, T. 01.03.2016, www.lexpera.com.tr).

¹¹⁷ Lüscher, s. 954; Altınok Ormancı, s. 133.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Lüscher, s. 954; Wyttenbach, s. 26.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, İsviçre'deki açık hükmün Kanun'a alınmama tercihini, eski malikin bu yönde bir tazminat sorumluluğunun bulunmadığı şeklinde değerlendirmektedir¹¹⁹. Biz, bu konuda nitelikli (bilinçli) susmanın söz konusu olmadığı düşüncesindeyiz. Doktrinde *Yıldırım* ise, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu görüşündedir. Bu görüşü yazarın kaleminden aktarırsak; *"Kanımızca bu noktada bir 'kasıtlı susma değil', 'boşluk' söz konusudur ve bu boşluk hukukumuzun diğer hükümleri ile doldurulmalıdır. Zira bu konuda bir boşluğun bulunduğu tespit edilmeksizin TBK m. 112 vd. hükümleriyle hükmün tamamlanacağını söylemek isabetli olmaz. Buna göre, taşınmazı kiraya veren malikin kira konusu taşınmazı satmasının esasen akde aykırılık olduğu (TBK m. 112), kanun koyucunun sevk ettiği özel hükümlerle, genel hükmün uygulanmasını ortadan kaldırmak amacı gütmeyeceği gözden uzak tutulmalıdır"*¹²⁰.

Biz, hâkim görüş ile birlikte, yeni malikin açtığı tahliye davası nedeniyle kiralananı erken boşaltmak zorunda kalan kiracının bu sebeple uğradığı zararlardan eski malikin sorumluluğuna TBK m. 112'nin doğrudan uygulanacağı fikrindeyiz. Ancak bu aşamada gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur: Eski malikin tazminat sorumluluğunun TBK m. 112'ye atlanabilir olup olmadığı, yani bu konuda bir kanun boşluğunun bulunup bulunmadığı tartışması, esas itibarıyla eski malikin borca aykırı davranışının nasıl ve ne zaman gerçekleştiği sorununda düğümlenir. Dolayısıyla, eski malikin borca aykırı davranışı konusunda benimsenecek yaklaşım bu açıdan belirleyicidir. Bu noktada iki yaklaşım öne çıkmaktadır.

-(i) İsviçre hukukundaki hâkim görüşün kabul ettiği yaklaşım, OR m. 261/1'deki (TBK m. 310'daki) yasal sözleşme devrine rağmen, kanun koyucunun eski maliki (önceki kiraya vereni) kiralananı kullandırma borcundan kurtarmadığı yönündedir. Diğer bir deyişle, önceki kiraya veren, kira sözleşmesindeki taraf değişikliğinden sonra da, kiralananı kiracının kullanımında bulundurma borcu altında olmaya devam eder. Ne zaman ki yeni malik konut ve işyeri kiralarında acil ihtiyacına dayanarak sözleşmeyi olağanüstü fesih yoluyla sona erdirir (OR m. 261/2 a, TBK m. 351), o an

¹¹⁹ **Altınok Ormancı**, s. 133; **Şener**, s. 25.

¹²⁰ **Yıldırım**, s. 124'ten naklen. Öte yandan, **İnceoğlu ve Öktem Çevik**, TBK m. 112'nin genel hüküm olarak uygulanması ihtimali dışında, bir kanun boşluğu bulunduğunun söylenebileceği hallerde TBK m. 309'daki kiraya verenin zapttan sorumluluğu hükmünün kıyasen uygulanabileceği düşüncesindedirler (**İnceoğlu**, C. 1, s. 599; **Öktem Çevik**, s. 262, 263).

itibariyle eski malikin ifa yükümü tazminat ödeme yükümüne dönüşür¹²¹. Görüleceği üzere, bu yaklaşımda eski malikin kullandırma borcu, sözleşme devrine rağmen devam etmekte ve yeni malikin tahliyeyi sağlaması, eski malik açısından borca aykırı davranış teşkil etmektedir. Burada, kiralananın el değiştirmesiyle birlikte eski malik için gerçekleşen bir yasal borca katılmanın söz konusu olduğu bile söylenebilir. İsviçre BK'da eski malikin tazminat sorumluluğu açık bir hükümle (OR m. 261/3) düzenlendiğinden, bu yaklaşım açısından ortada bir kanun boşluğu değil, yasal sözleşme devrine istisna teşkil eden özel bir hüküm (OR m. 261/3) vardır.

-(ii) Buna karşılık ikinci yaklaşım ise, borca aykırı davranışı, eski malikin kiralananı başkasına devrederek kira sözleşmesinin yeni malik tarafından feshine yol açması olarak tespit eder. Dolayısıyla, daha sonra yeni malik kiracıyı tahliye ettiği takdirde, eski malikin kiralananı devretmiş olması borca aykırı davranış olarak kabul edilir ve OR m. 97'nin (TBK m. 112'nin) uygulama alanına girer. Burada, yeni malikin erken feshi, sadece kiralananın devri ile zarar arasındaki nedensellik bağına dâhil olan bir olayı ifade eder¹²². Eski malikin borca aykırı davranışı ile zararın gerçekleşmesi birbirinden ayrılmakta ve sorumluluk, sözleşme devrinden sonrasına uzayan, yani “devam eden bir sorumluluk” (*Nachhaftung*; sorumluluğun art etkisi) şeklinde karakterize olmaktadır¹²³.

Bu açıklamalar çerçevesinde, eğer borca aykırı davranışa ilişkin birinci yaklaşım benimsenecek olursa, eski malikin tazminat sorumluluğunun TBK m. 310'da kabul edilen (ileriye etkili) yasal sözleşme devri yapısına bir istisna teşkil ettiği söylenebilir. Zira kiralananın el değiştirmesiyle birlikte kural olarak tüm haklar ve borçlar yeni malike geçtiğinden, eski malikin sözleşme devrinden sonraki aşamada borca aykırı davranışı gerçekleştirdiğini söylemek, en azından lafzi yoruma göre TBK m. 310'daki yapıyla bağdaşmaz. Ancak, kiracının korunması düşüncesi (hükümün *ratio legis*'i) gereği eski malikin kiracının zararlarını gidermesi gerektiği

¹²¹ **Roncoroni**, s. 217, 218; **Wytenbach**, s. 29; **Hulliger**, s. 134; **Permann**, Art. 261, N. 9; benzer yönde bkz. **Pietruszak** Thomas / **Zachariae** Jörg, “Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)*, 2000, s. 52 (Yazar, yeni malikin kira sözleşmesini feshetmesiyle birlikte, kullandırma borcunun eski malike döndüğü düşüncesindedir). Bu görüşü ayrıca şu yazarlar aracılığıyla aktarıyoruz; **Lüscher**, s. 952; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 51.

¹²² **Lüscher**, s. 953, 954; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 51, 58.

¹²³ **Lüscher**, s. 953.

söylenebileceğinden, bu konuda bir (örtülü) kanun boşluğu bulunduğu sonucuna varılabilir¹²⁴.

Biz, borca aykırılığa ilişkin ikinci yaklaşımı benimsediğimizden, kanun boşluğu görüşüne katılmıyoruz. Dolayısıyla, Kanun'da bu yönde özel bir düzenleme olmasa da, kiracının, sözleşmenin TBK m. 351/1 sebebiyle süresinden önce sona ermesinden kaynaklanan zararlarını TBK m. 112'ye dayanarak eski malikten tazmin edebilmesi mümkündür. Zira eski malik kiralananı devrederek, kiracının kira süresi içinde konuttan ya da işyerinden çıkarılmasına sebep olmuştur. Eski malikin tazminat sorumluluğunun sebebi, sonraki (sübjektif) ifa imkânsızlığıdır¹²⁵. İhtiyaç sebebiyle tahliyenin gerçekleşmesiyle birlikte, sözleşme süresince kiralananı kiracının kullanımına hazır bulundurma borcu imkânsızlaşır. Tazmini talep edilecek zararlar ise, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğranılan olumlu zararlardır¹²⁶.

Ancak bu noktada belirtelim ki, eski malikin bu durumlarda kiracıya karşı tazminat yükümlülüğü bulunduğu ilişkin bir hükmün TBK'da yer almamasının bir eksiklik olduğu yönündeki görüşe katılmıyoruz¹²⁷. Dolayısıyla olması gereken, TBK m. 351'e, yeni malikin sözleşmeyi sona erdirmesi nedeniyle kiralananı erken tahliye etmek zorunda kalan kiracının, bu sebeple uğradığı zararlar için eski malikten (önceki kiraya verenden) tazminat talep edebileceği yönünde hüküm eklemektir. Böylelikle, az önce işaret ettiğimiz tartışmanın ve uygulamadaki yorum güçlüklerinin önüne geçilebilecektir.

Dikkat çekme gereği duyduğumuz bir konu da şudur: Kiracının tazminat talep edeceği kişi, kural olarak önceki kiraya veren konumundaki eski malik olsa da, bazı istisnai hallerde eski malik ile önceki kiraya verenin aynı kişi olmaması mümkündür¹²⁸. Bu tür durumlarda kiracıya karşı sorumlu olan

¹²⁴ Açık olmamakla birlikte, *Yıldırım*'ın bu görüşe yakın durduğu söylenebilir (*Yıldırım*, s. 124).

¹²⁵ *Lüscher*, s. 953.

¹²⁶ *Higi / Wildisen*, Art. 261-261a, N. 58; *Giger*, Art. 261, N. 37; *Koller*, § 7 N. 63, 64; *Öktem Çevik*, s. 267, 268; *Gündüz*, s. 330; *Pietruszak / Zachariae*, s. 52.

¹²⁷ *Öktem Çevik*, s. 262; *Şener*, s. 25.

¹²⁸ Kira sözleşmesinin TBK m. 310'a göre kiralananı edinen kişiye geçebilmesi için, kural olarak önceki kiraya verenin malik sıfatına sahip olması gerekir (*İnceoğlu*, C. 1. s. 582; *Acar*, m. 310, N. 35; *Gümüş*, Kira, s. 147, 148; *Öktem Çevik*, s. 89, 90; *Higi / Wildisen*, Art. 261-261a, N. 15; *Özen*, 2010, s. 150; *Özdemir*, s. 151). Nitekim bu sebeple ve anlatım kolaylığı açısından, çalışmada "önceki kiraya verenin" değil, "eski malikin" tazminat sorumluluğu ifadesi tercih edilmiştir.

kişi, doğal olarak önceki kiraya verendir. Zira söz konusu sorumluluk sözleşmeye aykırılığa dayanır ve tazminat yükümlüsü de, kira sözleşmesinin TBK m. 310'a göre yasal devrinden önceki kiraya veren tarafıdır. Tazminat yükümlüsünün eski malik olmayacağı istisnai durumlardan biri, asıl kiracının kiralananı caiz alt kira sözleşmesi ile kiraya verdiği ve daha sonra kiralananın başkasına devredildiği ihtimalde karşımıza çıkar. Bu ihtimalde, sözleşmenin tarafı haline gelen yeni malik, TBK m. 351/1'e göre kira sözleşmesini sona erdirirse, kiralananı iade etmek zorunda kalan alt kiracı, eski malikten değil, asıl kiracıdan (önceki kiraya verenden) tazminat talep edebilecektir¹²⁹. Bir diğer istisna da, intifa hakkı sahibinin kiraya veren olarak kira sözleşmesi yaptığı ve fakat intifa hakkının kira sözleşmesinin süresinin bitiminden önce sona ermesi durumunda gündeme gelebilir. Doktrindeki baskın görüş, bu ihtimalde, intifa hakkı sona erdiği için çıplak mülkiyeti tam mülkiyete dönüşen malikin TBK m. 310'a göre sözleşmenin tarafı olacağını ileri sürmektedir¹³⁰. Bu görüşe bağlı olarak, sözleşmenin kiraya veren tarafı haline gelen malik TBK m. 351/1'e göre tahliyeyi sağlarsa¹³¹, kiracıya karşı sorumlu olacak kişi malik değil, önceki kiraya veren sıfatını taşıyan eski intifa hakkı sahibi olacaktır. Zira ihlal edilen kira sözleşmesinin tarafı odur.

Kiralananın el değiştirmesine ilişkin hükümlerin (TBK m. 310, 311) uygulanabilmesi için, "kiraya verenin malik olması" gerektiği kuralı ve istisnalarına dair ayrıntılı bilgi için bkz.

Öktem Çevik, s. 92 vd.; **Mehmetoğlu**, s. 45 vd.

¹²⁹ **Öktem Çevik**, s. 266.

¹³⁰ **Genç Arıdemir** Arzu, "Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelemeyeceği Sorunu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, S. 95-96, 2012, s. 148 vd.; **Koç** Nevzat, "Terkin Olunan Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2 (1), Bahar 2015, s. 122; **Öktem Çevik**, s. 97 vd.; **Özen**, 2013, s. 103, 104; **Weber**, Art. 261a, N. 2; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 8; **Mehmetoğlu**, s. 143; aksi görüşte bkz. **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 7. Bu konudaki farklı görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Öktem Çevik**, s. 93 vd.; **Mehmetoğlu**, s. 137 vd.

¹³¹ Çıplak mülkiyeti tam mülkiyete dönüşen malikin TBK m. 310'un kıyasen uygulanması neticesinde sözleşme tarafı haline geleceği görüşü savunulduğunda, malikin doğal olarak TBK m. 351'e göre tahliye davası açabilmesi de gerekir (**Genç Arıdemir**, s. 151).

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

B. Kiracının Tazminat Talebi Açısından Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

1. Yeni Malik TBK m. 351/2'ye Göre Dava Açarsa, Kiracı Eski Malikten Tazminat Talep Edebilir Mi?

TBK m. 351/2: “Kiralananı sonradan edinen kişi, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir”. Hükümde açıkça görüldüğü üzere, kanun koyucu, kiralananı edinen kişiye TBK m. 351/1'e göre tahliye davası açmak yerine, sözleşme süresinin bitmesini bekleyerek TBK m. 351/2'ye göre dava açma imkânı da tanır¹³². Pratikte, yeni malik bu imkâna, kiralananı edindiği tarihten itibaren bir ay içinde bildirimde bulunmadıysa veya sözleşme süresinin bitimine altı aydan kısa bir süre kaldıysa başvuracaktır¹³³. Hükümde sadece belirli süreli sözleşmelere ilişkin bir düzenleme yer alsada, doktrinde, yeni malikin eski kiraya verenin halefi sıfatıyla TBK m. 350/1 b. 1 üzerinden belirsiz süreli sözleşmeler için de tahliye davası açabileceği kabul edilmektedir¹³⁴.

Kiralananı devralan yeni malik, konut veya işyeri ihtiyacı sebebiyle tahliye davasını TBK m. 351/2'ye göre açarsa, kiracı eski malikten tazminat talep edemez. Bu sonuca iki ayrı gerekçe üzerinden varılabilir.

¹³² Yeni malikin bir aylık süre geçmeden kiracıya ulaştıracağı yazılı bir bildirim ile, dava açma süresini TBK m. 353 uyarınca bir kira yılı için uzatma (süreyi tutma) hakkı da mevcuttur (Zevkliler / Gökyayla, s. 382).

¹³³ **Arpacı**, s. 118; **İnceoğlu**, C. 2, s. 398; **Doğan**, s. 165, 166; **Mehmetoğlu**, s. 209. İstanbul BAM'm, TBK m. 351/2'ye göre dava açılması için, yeni malikin iktisap tarihinden itibaren bir ay içinde ihtarname göndermesi gerektiği yönündeki kararı bu açıdan hatalıdır. İstanbul BAM 36. HD., E. 2018/1382, K. 2020/1660, T. 23.10.2020: “Buna göre; kiralananı sonradan edinen kişinin ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açmakta seçimlik hakkı bulunmaktadır. Yeni malik satın almadan itibaren 1 ay içinde bu durumu ve ihtiyaç nedeniyle tahliye talebini kiracıya tebliğ ettikten sonra eski malikle yapılmış kira sözleşmesi daha kısa bir sürede sona eriyorsa sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde, kira sözleşmesi daha uzun bir sürede sona eriyorsa, satın alma tarihinden itibaren 6 ay sonra dava açabilir” (www.lexpera.com.tr). Öte yandan, yeni malik ihtarnamede kiracıya altı aylık süre vermişse, bu süreyle bağlıdır. Bu durumda yeni malik, TBK m. 351/2'ye göre sözleşme süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açma hakkını kullanamaz, altı ayın geçmesini beklemek zorundadır (Y. 3. HD., E. 2017/7209, K. 2017/17902, T. 20.12.2017, www.lexpera.com.tr).

¹³⁴ **İnceoğlu**, C. 2, s. 399; **Gümüş**, Kira, s. 360. Bu ihtimalde uygulanacak hüküm TBK m. 350/2'dir: “... belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirim için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir”.

- Gerekçe 1: Öncelikle belirtelim ki, TBK m. 351/2 hükmünün, yeni malikin sözleşmenin “kiraya veren” tarafı haline geldiği için seçimlik olarak başvurabileceği TBK m. 350/1 b. 1’e atıf hükmü olarak okunmasının doğru olduğu düşüncesindeyiz¹³⁵. Yani yeni malikin TBK m. 351/2’deki süreye göre dava açması, aslında TBK m. 350/1 b. 1’e göre “kiraya veren” sıfatıyla tahliye davası açtığı anlamına gelir¹³⁶. Dolayısıyla, yeni malikin bu imkân kullanması halinde, eğer kiralanan devredilmeseydi kendisi de sözleşmeyi bu şekilde sona erdirebilecek olan eski malikin sorumluluğu gündeme gelmez¹³⁷. Diğer bir ifadeyle, kiralanan el değiştirmeseydi, eski malik de kiraya veren olarak bu sebeple ve bu süre içinde sözleşmeyi feshedebilecek ve bu hareketi sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Öyleyse, kiralananı devralarak TBK m. 310 çerçevesinde sözleşmenin kiraya veren tarafı haline gelen yeni malikin bu hükme göre tahliyeyi sağlaması da, aynı şekilde eski malikin sorumluluğunu doğurmaz.

- Gerekçe 2: Eski malikin tazminatla yükümlü olmamasının bir diğer gerekçesi de, TBK m. 351/2 üzerinden tahliye davasının açılabilmesi için zaten sözleşme süresinin bitmesinin beklenecek olmasıdır. Yeni malik bu hükme göre kira sözleşmesi süresinin bitimini beklemek zorunda olduğundan, kiracının bu hükme göre tahliye ettirilmesi halinde ortada süresinden önce sona eren bir sözleşme olmayacaktır. Bu sebeple de, kiracının tazmin edilecek bir zararı gündeme gelmeyecektir¹³⁸. Aynı sonuç belirsiz süreli kira sözleşmeleri için de geçerlidir¹³⁹.

2. Yeni Malikin Bildirimi Üzerine Kiralananı Kendiliğinden Tahliye Eden Kiracı, Eski Malikten Tazminat Talep Edebilir Mi?

Yeni malikin TBK m. 351/1’e göre tahliye talepli bildirim üzerine kiracı, tahliye davasının açılmasını beklemeden başka bir konuta ya da işyerine taşınmak isteyebilir. Diğer taraftan, kiracının kiralananı dava açılmadan boşaltmasında, mülkiyetini edindiği yerde bir an önce oturmak ya

¹³⁵ Açık olmamakla birlikte, aynı yönde bkz. **Gümüş, Kira**, s. 360.

¹³⁶ İki hükümde de, belirli süre kira sözleşmelerinde tahliye davasının sözleşme süresinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde açılacağı öngörülmektedir.

¹³⁷ **İnceoğlu**, C. 1, s. 599; **Öktem Çevik**, s. 263.

¹³⁸ Aşağıda açıklanacağı üzere, eski malikin tazminat sorumluluğu, kira sözleşmesinin süresinden evvel sona ermesinden kaynaklanan zararları kapsar (bkz. aş. III, C, 3, a).

¹³⁹ Belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusuysa, ihtiyaç sebebiyle tahliye davası, TBK m. 350/2’nin atfıyla uygulanacak TBK m. 329’a göre, üç aylık fesih bildirim süresine riayet edilmek kaydıyla, en erken altı aylık fesih döneminin bitiminden itibaren bir ay içinde açılacaktır (**Zevkliler / Gökyayla**, s. 376; **Aydoğdu / Kahveci**, s. 657). Bu ihtimalde de, eski malikin kiracıya karşı tazminat sorumluluğunun zamansal kapsamı açılmış olacaktır (bkz. aş. III, C, 3, a).

da ticari faaliyetlerine başlamak isteyen yeni malikin de çoğu zaman menfaatinin bulunduğu söylenebilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kiracının tahliye için mutlaka bildirimde belirtilen süreyi veya altı aylık süreyi bekleme zorunluluğu yoktur. Yeni malikin, kiralanda konut ihtiyacının bulunduğu ve altı ay içinde kiralananı boşaltmazsa tahliye davası açacağına ilişkin ihtarı üzerine kiracı, anahtarı kiraya verene teslim ederek, taşınmazı kendiliğinden tahliye edebilir. Güven ilkesi çerçevesinde, yeni malikin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini yansıtan bildirimine karşı kiracının bu davranışı (*factum concludens*), örtülü kabul açıklaması olarak yorumlanabilir. Buna bağlı olarak, taraflar arasında bir ikale anlaşması kurulduğu söylenebilir¹⁴⁰. Bu durumda, kira sözleşmesi tahliye davası öncesinde sona erer. Hiç kuşkusuz, tarafların tahliye kararı kesinleşene kadar¹⁴¹ açık iradeleriyle bir ikale sözleşmesi yapmaları da mümkündür¹⁴².

Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Acaba bildirimden sonra taşınmazı kendiliğinden tahliye eden kiracı, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle eski malikten tazminat talep edebilir mi? Soru, iki ayrı düşünce tarzına göre cevaplanabilir.

Birinci düşünce tarzı şu olabilir: Yeni malikin bildirimine ve dolayısıyla zorunlu ihtiyaç içinde bulunduğu güvenerek, davayı beklemeye gerek duymadan kiralananı boşaltan kiracı, yeni malikin ihtiyacının gerçek ve samimi olduğunu ispatlaması kaydıyla, eski malikten tazminat talep edebilmelidir. Bu görüşü destekleyebilecek argüman da, kiracıların genellikle aleyhlerine tahliye davası açılmasından çekindikleri veya dava sürecinde belirsiz bir bekleyiş içinde olmak istemedikleri için, yeni malikin ihtarı üzerine kiralananı tahliye etmeye yatkın olduklarıdır. Ayrıca, “eski malik kiralananı devretmeseydi, kiracının yeni malikin tahliye davasına maruz kalmayacağı ve sözleşme süresi sonuna kadar kiralananı kullanmaya devam edeceği” şeklinde bir düşünce üzerinden de eski malikin sorumluluğu gerekçelendirilebilir.

¹⁴⁰ Kira sözleşmesinin ikale yoluyla sona ermesi konusunda bkz. **Aydm**, s. 265, 267. Sürekli borç ilişkilerinde ikale sözleşmesinin, aksine anlaşma yoksa ileriye etkili olarak hükümlerini doğuracağı kabul edilmektedir (**Aydm**, s. 20; **Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 1289).

¹⁴¹ Doktrindeki hâkim görüş, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin tahliye nedenlerine dayanılarak açılan tahliye davalarında, kira sözleşmesinin, tahliye kararının kesinleşmesi ile sona ereceği yönündedir (**Arpacı**, s. 105; **Burcuoğlu**, s. 31; **Gümüş**, Kira, s. 316, 317; **Doğan**, s. 206; **Günel**, s. 187). Yargıtay’ın da bu görüşte olduğu görülmektedir (bkz. Y. 6. HD., E. 2013/10428, K. 2013/12811, T. 23.09.2013, www.e-uyar.com; Y. 3. HD., E. 2007/13778, K. 2007/17232, T. 15.11.2007, www.kazanci.com.tr).

¹⁴² Doğaldır ki, bu ihtimallerde TBK m. 325 uygulama alanı bulmaz.

Biz, özellikle eski malik ile kiracı arasındaki menfaatler dengesi açısından bu düşünce tarzının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Yeni malikin bildirim üzerine kiralananı tahliye etmek zorunda olmamasına ve hatta tahliye kararı kesinleşene kadar kiralananı kullanma hakkı devam edecek olmasına rağmen, kiralananı erken iade eden kiracının, zararı için eski malikten tazminat talep edememesi gerekir. Gerçekten de, kiracı, bildirimdeki tahliye talebini geri çevirerek, en azından dava sonuçlanana kadarki zararını engelleme imkânına sahiptir¹⁴³. Kendisine tanınan bu imkândan yararlanmayan kiracının zararını (örneğin yeni bulunduğu konut için ödediği kira bedeli farkını) eski malike yüklemek, menfaatler durumu açısından adil bir çözüm olmaz. Kaldı ki, böyle bir ihtimalde eski malikin borca aykırılığında, yani sözleşme süresince kiralananı kiracının kullanımında bulundurma borcuna aykırılıktan bahsetmek de güçtür. Zira kiracı, kendisine tanınan korumadan vazgeçerek kiralananı kendi “rızasıyla” (örn. ikale anlaşması yaparak) tahliye etmektedir. Ayrıca, tahliyenin rızaya dayanması, sorumluluğun zarar ve nedensellik bağı unsurları açısından da problem yaratabilecek niteliktedir.

Diğer taraftan, ilk düşünce tarzı, Kanun’un konut ve çatılı işyeri kiralaları açısından tercih ettiği, tahliye sebeplerinin varlığı halinde kira sözleşmesinin ancak “dava” yoluyla sona erdirilebileceği yönündeki sistemiyle de uyuşmamaktadır. Zira kanun koyucu, TBK m. 350-352’deki sebeplerden biri varsa, şartları hâkimin denetlemesini ve sözleşmenin inşai bir kararla sona ermesini kabul etmiştir. Ayrıca, yeni malik ile kiracı arasındaki uyumsuzluğun mahkeme aracılığıyla karara bağlanmasında eski malikin de menfaati olduğu açıktır. Sonuç olarak, tahliye davasını beklemeksizin, ihtar üzerine kiralananı kendiliğinden boşaltan kiracı, sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden kaynaklanan zararları için eski malikten tazminat talep edememelidir¹⁴⁴. Eski malikin sorumlu olması için, tahliye davasının

¹⁴³ Benzer yönde bkz. **Koller**, § 7 N. 63 dn. 92.

¹⁴⁴ İkinci düşünce tarzına daha yakın olduğu söylenebilecek *Koller*’e göre, kiracı yeni malikin bildirimine iyiniyetle inanarak kiralananı iade etmişse, OR m. 194/1’e (TBK m. 216/b. 1’e) kıyasen eski malikten tazminat talep edebilir. Satıcının zapt sorumluluğuna ilişkin bu hükme göre, alıcının mahkeme kararını beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak tanınması halinde de, eğer zapt tehlikesi uygun zamanda satıcıya ihbar edilmişse, satıcının zapt sorumluluğu devam eder (**Koller**, § 7 N. 63 dn 92). TBK m. 216/b.1 ile burada ele aldığımız ihtimal arasındaki benzerlik nedeniyle, sorunun bu görüşe göre çözülmesi ilk bakışta isabetli gibi görünse de, olgular ve menfaatler durumu arasındaki farka yakından bakıldığında kanaatimizce böyle bir kıyas köprüsü kurulamaz. Burada birkaç argüman ileri sürülebilir. Öncelikle, zapt sorumluluğu için, üçüncü kişinin üstün hakkı en geç sözleşme kurulduğu sırada mevcut olmalıdır. Zaten satıcının zapttan *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

sonucunun beklenmesi, diğer bir ifadeyle yeni malikin ihtiyacının gerçek ve samimi olduğunun belli olması ve kira sözleşmesinin tahliye kararının kesinleşmesiyle sona ermesi gerekir.

Yargıtay'ın bu konudaki bir kararında, kafe-restoran olarak işletilen kiralananın mülkiyeti davalı kiraya veren tarafından daha sonra başkasına devredilir ve yeni malik, süresinde kiracıya tahliye talepli bir ihtarname gönderir. Kiracı, ihtarname üzerine ve henüz tahliye davası açılmadan taşınmazı kendi isteğiyle boşaltır ve çeşitli zarar kalemlerinin giderilmesi talebiyle eski malike karşı tazminat davası açar. Yargıtay'ın ihtilafa ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir: *“Davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan 01.04.2012 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli sözleşme ile davalıya ait dükkan davacıya kiralananmış olup, kiralanan davalı tarafından sözleşme süresi içinde 13.09.2013 tarihinde dava dışıne satılmış ve yeni malik şirket tarafından davacıya keşide edilen ihtar ile taşınmazın şirket ihtiyacı için satın alındığı, 01.04.2014 tarihinden itibaren sözleşmenin yenilenmeyeceği ve bu tarihte kiralananın tahliyesi talep edilmiş ise de, davacı yeni malik tarafından hakkında açılan bir tahliye davasına ve cebri icra yoluna maruz kalmaksızın, kendi isteği ile kiralananı yargılama sırasında, 2013 yılı Aralık ayında tahliye ettiğine göre, davacı kiracı, haksız feshе dayanarak mahrum kaldığı kâr kaybını talep edemez. Mahkemece davacının kâr kaybı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin kabulüne karar verilmesi doğru değildir”*¹⁴⁵.

Görüldüğü üzere, kararda ulaşılan sonuç, Yargıtay'ın yeniden kiralama yasağına (TBK m. 355) ilişkin davalarda benimsediği, kiracının kiraya verenden tazminat talep edebilmesi için “tahliye kararı ve cebri icra yoluyla

dolayı kusursuz (garanti) sorumlu olmasının altında yatan mantık da esas itibarıyla buna dayanır (**Serozan Rona / Baysal Başak / Sanlı Kerem Cem**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, N. 618, 619). Oysa kiracının TBK m. 351 sebebiyle kiralananı iade etmek zorunda kalmasında ise, yeni malik kira sözleşmesi kurulduktan sonra üstün hak sahibi olmaktadır. Burada olgular arası zamansal fark, menfaatler durumuna da yansır. Ayrıca, İsviçre hukukunda, ihtiyaç içindeki yeni malikin kira sözleşmesini tahliye davası açmadan sona erdirecek olması (OR m. 261/2 a) dikkate alındığında, *Koller*'in görüşü, kira sözleşmesinin ihtiyaç gerekçesiyle sona erdirilebilmesi için yeni malik tarafından dava açılmasını şart koşan TBK sistemine uygun düşmez. Böyle bir kıyas, ancak kira sözleşmesinin kuruluşu sırasında mevcut olan üstün haklar açısından (TBK m. 309) gündeme gelebilir (aynı yönde bkz. **Uçkan Mertkan**, Satış Sözleşmesinde Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2021, s. 97).

¹⁴⁵ Y. 6. HD., E. 2015/6315, K. 2016/1524, T. 01.03.2016 (www.lexpera.com.tr).

tahliyenin” gerçekleşmesini arayan istikrarlı görüşüyle uyumludur¹⁴⁶. Ancak belirtelim ki, Yargıtay’ın bu karardaki görüşünün, bugün için yerleşmiş bir uygulamayı yansıttığından söz etme imkânı yoktur. Ayrıca işaret edelim ki, Yargıtay’ın kiracının eski malikten tazminat talep edebilmesi için tahliyenin cebri icra yoluyla gerçekleşmesi gerektiği yönündeki görüşüne katılma imkânı da göremiyoruz. Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere, kira sözleşmesi inşai nitelikteki tahliye kararının kesinleşmesiyle birlikte sona erer ve kiracı bu andan itibaren taşınmazı tahliye ederek, eski malikten erken sona erme nedeniyle uğradığı zararının tazminini talep edebilir.

3. Yeni Malikin Kira Bedelini Artırma Teklifini Kabul Eden Kiracı, Bedel Farkını Eski Malikten Talep Edebilir Mi?

Uygulamada bazen, kiralananı devralan yeni malikin ihtiyaca dayalı tahliye davası açma tehdidiyle, kiralananı oturmakta olan kiracıdan kira bedelinin artırılmasını talep ettiği görülmektedir. Eski kiracı olmanın avantajını kaybetmek istemeyen veya yeni bir konut ya da işyeri bulup taşınmanın zorluklarını göze alamayan bir kiracının, bu durumda kira artırımını teklifini kabul etmesi hayli olasıdır¹⁴⁷.

Ancak, kira sözleşmesinin bu yönde tadiline rıza gösteren kiracının, bu fark için eski malikten tazminat talep etme imkânı yoktur. Zira eski malikin sorumluluğu, kiralananı kira sözleşmesi süresince kiracının kullanımında bulundurma borcuyla ilgilidir. Her ne kadar ilk bakışta, böyle bir duruma eski malikin kiralananı devretmesi yol açmış gibi görünse de, netice itibarıyla kira sözleşmesi devam etmekte ve kiracı kiralananı kullanmaktadır. Burada kiracının, yeni malikin dava açması ihtimalinde ihtiyacın gerçek ve samimi olduğunun zaten anlaşılacağı ve tahliyenin

¹⁴⁶ Yeniden kiralama yasağıyla ilgili olarak bkz. Y. 3. HD., E. 2018/5894, K. 2019/6781, T. 17.9.2019; Y. 3. HD., E. 2017/4956, K. 2019/871, T. 07.02.2019; Y. 3. HD., E. 2017/4632, K. 2019/1687, T. 28.02.2019; Y. 6. HD., E. 2015/6530, K. 2015/10458, T. 26.11.2015; aynı yönde bkz. Ankara BAM 15. HD., E. 2018/1948, K. 2019/743, T. 04.04.2019; İzmir BAM 6. HD., E. 2018/454, K. 2019/340, T. 01.03.2019 (www.lexpera.com.tr).

¹⁴⁷ Daha önce ifade edildiği üzere, özellikle fahiş fiyat artırımını talebinin, duruma göre yeni malikin ihtiyaç iddiasının samimi olmadığı yönünde değerlendirilmesi mümkündür (bkz. **Burcuoğlu**, s. 430; krş. **İnceoğlu**, C. 2, s. 365; **Doğan**, s. 126, 127). Öte yandan, tahliye tehdidi altında kira sözleşmesini tadil etmeyi kabul eden kiracı, eğer artırılan kira bedeli makul sınıırın üstündeysse, duruma göre aşırı yararlanma veya korkutma hükümlerine dayanabilir. Bu bağlamda, kiracı, aşırı yararlanmaya dayandığı vakit, edimler arası oransızlığın giderilmesi ya da sözleşmeyi iptal hakkını kullanabilir. Korkutmaya dayandığı ihtimalde ise, bedele ilişkin hükmün kısmi iptali yoluyla, sözleşmenin tadilden önceki bedel ile devam etmesini sağlayabilir (aşırı yararlanma ve korkutma konusunda geniş bilgi için bkz. **Kılıçoğlu** Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, N. 1490 vd.).

gerçekleşeceği yönündeki iddiası da aynı sebeple dinlenmemelidir. Kaldı ki, kiracının kira artırım talebini kabul etmeyerek tahliye davasının sonucunu bekleme ve bu sürede kiralananı kullanma imkânı varken, bunu tercih etmemiş olması, malvarlıksal eksilmenin teknik anlamda “zarar” olarak kabul edilmesini de engeller¹⁴⁸.

4. Tazminat Talebi Yeni Malike Karşı İleri Sürülebilir Mi?

Bu noktada akla gelen bir soru, TBK m. 351/1'e göre kiralananı sözleşme süresi bitmeden tahliye etmek zorunda kalan kiracının bu sebeple uğradığı zararlar için “yeni malikten” tazminat talep edip edemeyeceğidir. Bu soruyu olumsuz cevaplamak gerekir. Zira yeni malik, kanunun kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak sözleşmeyi sona erdirdiğinden, onun sözleşmeye aykırılığından (geniş anlamda hukuka aykırılığından) bahsedilemez. Burada belki, olması gereken hukuk anlamında, yeni malikin kiracıya denkleştirme ödemesi yapması gerektiği söylenebilecek olsa bile¹⁴⁹, kanaatimizce yeni malike bu yönde zarar giderme yükümlülüğü öngörülmesi, sözleşme özgürlüğünün (ve mülkiyet hakkının) aşırı sınırlanması anlamına geleceğinden kabul edilmemelidir. Kaldı ki, yeni malik aleyhine bu yönde bir hükmün vazedilmesi, özellikle uzun olmayan belirli süreli kira sözleşmelerinde, TBK m. 351/1'e dayanan tahliye imkânını çoğu zaman pratikte anlamsız kılacaktır. Zira TBK m. 351/1 üzerinden sözleşmeyi feshettiğinde kiracının zararını karşılamak veya ona denkleştirme ödemesi yapmak zorunda kalacak olan yeni malik, çoğunlukla sözleşme süresinin bitmesini bekleyip TBK m. 351/2'ye göre dava açmayı tercih edecektir.

Öte yandan, bazı hallerde kiracının yeni malikten tazminat talep edebilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, yeni malik kiralananı devralırken ya da daha sonra, eski malike onu kiracıya karşı tazminat borcundan kurtarma taahhüdünde bulunabilir¹⁵⁰. Diğer bir anlatımla, taraflar, ihtiyaç sebebiyle kiralananın erken tahliyesi gerçekleşirse, eski malikin kiracının bu yüzden uğradığı zararları giderme borcunun yeni malik tarafından üstleneceğine ilişkin anlaşabilirler. Bu iç üstlenme sözleşmesinin kiracı (üçüncü kişi) yararına yapılması halinde, kiracı, yeni malikten dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasını ya da doğrudan borcun ifasını talep edebilir¹⁵¹.

¹⁴⁸ Aynı yönde bkz. **Roncoroni**, s. 219.

¹⁴⁹ *Özen*'in yeni malikin kiracıya denkleştirme bedeli ödemesinin karşılıklı çıkarlar açısından daha uygun olduğu görüşü, burada *de lege ferenda* bir görüş olarak aktarılabilir (bkz. **Özen**, 2013, s. 98, 99 ve 103).

¹⁵⁰ Krş. **Fellmann**, s. 546, 547.

¹⁵¹ Üçüncü kişi yararına borcun iç üstlenilmesi konusunda bkz. **Kılıç Mehmet**, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 108, 109.

Bu noktada akla gelen başka bir ihtimal de, yeni malikin eski malike karşı, kiracı aleyhine ihtiyaca dayalı tahliye davası açma hakkını kullanmayacağı yönünde taahhütte bulunması ve tarafların, bu taahhüde aykırılık halinde üçüncü kişi (kiracı) yararına bir sözleşme cezası ödeneceği yönünde anlaşmış olmalarıdır.

Yeni malikin tazminat sorumluluğuna ilişkin diğer bir ihtimal, TBK m. 355'teki yeniden kiralama yasağının ihlal edilmesidir. Daha önce açıklandığı üzere, ilgili hükümde, gerçekten ihtiyacı olmamasına rağmen tahliye davası açarak kiracıyı tahliye ettiren kiraya verenin, haklı sebep bulunmadıkça, kiralananı üç yıl süreyle eski kiracıdan başkasına kiralayamayacağı öngörülmektedir. Bu yasağa aykırılığın yaptırımını ise, eski kiracıya, son kira yılında ödediği bir yıllık kira bedelinden az olmayacak miktarda bir tazminatın ödenmesidir (TBK m. 355/3).

5. Eski Malik ile Kiracı Arasındaki Sorumsuzluk Anlaşması Geçerli Midir?

Eski malikin tazminat sorumluluğu konusunda akla gelen bir soru, eski malik (önceki kiraya veren) ile kiracı arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağıdır. Bu soruya olumsuz yönde cevap vermek gerekir. Zira TBK m. 301'in¹⁵² nispi emredici niteliği karşısında¹⁵³, bu tür sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaktır. Söz gelimi, eski malik ile kiracı arasındaki sözleşmede, kiralananın üçüncü bir kişiye devredilmesi (veya kiralanda üçüncü kişi lehine sınırlı aynı hak tesis edilmesi) halinde, yeni malikin ihtiyaç sebebiyle kira sözleşmesini süresinden önce sona erdirmesinden kaynaklanan zararlardan eski malikin kiracıya karşı sorumlu olmayacağı yönünde bir anlaşma varsa, bu anlaşma hüküm ve sonuç doğurmaz. Hiç kuşkusuz, TBK m. 27/2 gereğince sorumsuzluk anlaşması dışındaki (kiracının aleyhine olmayan) kira sözleşmesi hükümleri, kural olarak geçerli kalmaya devam eder¹⁵⁴.

¹⁵² TBK m. 301: “*Kiraya veren, kiralananı ... sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmaya yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez.*”

¹⁵³ **Higi** Peter / **Anton** Bühlmann, ZK-Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR, 5. neu bearbeitete Auflage, Schulthess, Zürich 2019, Art. 256, N. 4, **Tschudi** Matthias, SVIT-Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2018, Art. 256, N. 1.

¹⁵⁴ **Higi** / **Anton**, Art. 256, N. 74; **Tschudi**, Art. 265, N. 69.

C. Tazminat Talebinin Şartları

1. Borca Aykırılık

Tazminat sorumluluğunun kaynağı olan borca aykırı davranış, eski malikin kira süresi içinde kiralananın mülkiyetini devrederek veya kiralanan üzerinde kiracılık hakkıyla bağdaşmayan bir sınırlı aynı hak tesis ederek, yeni malikin kiracıyı tahliye ettirmesine ve böylece, kira sözleşmesinin süresinden evvel sona ermesine yol açmasıdır¹⁵⁵. Yeni malikin açtığı tahliye davasında verilen tahliye kararının kesinleşmesi ile birlikte kira sözleşmesi sona erer¹⁵⁶. Buna bağlı olarak, kiralananı sözleşme süresi boyunca kiracının kullanımında bulundurma borcu da ihlal edilmiş olur. Diğer bir deyişle, ihtiyaca dayalı tahliye kararının kesinleşmesi sonucunda, söz konusu borcun ifası imkânsızlaşır ve eski malik, sonraki ifa imkânsızlığı sebebiyle kiracının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur.

Dikkat edilirse, eski malikin kira süresi boyunca kiralananı kiracının kullanımına elverişli halde bulundurma borcuna aykırılık, yeni malikin ihtiyaç sebebiyle sözleşmeyi feshetmesiyle gerçekleşir. Ancak nedensellik zincirinde zarara yol açan ilk davranış, eski malikin kiralananı devretmesidir. Yani eski malik kiralananı devrederek, daha sonra yeni malikin kiracıyı tahliye ettirmesine ve kiracının zarara uğramasına sebep olmaktadır. Çizgisel zaman akışında sonraki olgu meydana geldiğinde (tahliye sebebiyle sözleşme sona erdiğinde), sebebi olan önceki davranış da

¹⁵⁵ **İnceoğlu**, C. 1, s. 599; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 51; **Lüscher**, 953; **Öktem Çevik**, s. 262, 263; **Günel**, s. 199; **Mehmetoğlu**, s. 217, 218; **Gündüz**, s. 329. Yukarıda borca aykırı davranışa ilişkin esas itibariyle iki yaklaşım olduğunu ve ikinci yaklaşımı benimsediğimizi ifade etmiştik (bkz. yuk. III. A). Öte yandan, yeni malik de kira sözleşmesi süresi içinde kiralananı başkasına devretmişse ve devralan kişi, TBK m. 351'e göre tahliye davası yoluyla sözleşmeyi sona erdirmişse, bu durumda "devreden malikin" kiracıya karşı tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir (**Koller**, § 7 N. 66).

¹⁵⁶ Doktrindeki hâkim görüş, tahliye davası yoluyla sona erme sebeplerinde (TBK m. 350-352), kira sözleşmesinin tahliye kararının kesinleşmesi ile sona ereceği yönündedir (**Arpacı**, s. 105; **Burcuoğlu**, s. 31; **Gümüş**, Kira, s. 316, 317; **Doğan**, s. 167; **Günel**, s. 187). Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu görülmektedir (bkz. Y. 6. HD., E. 2013/10428, K. 2013/12811, T. 23.09.2013, www.e-uyar.com; Y. 3. HD., E. 2007/13778, K. 2007/17232, T. 15.11.2007, www.kazanci.com.tr). Buna karşılık, tahliye davasının açılmasıyla kira sözleşmesinin sona ereceğini savunan yazarlar da vardır (örn. bkz. **İnceoğlu**, C. 2, s. 484 vd.). Bize göre hâkim görüş daha isabetlidir. Bu görüşe göre, tahliye davası bozucu yenilik doğuran bir dava niteliğinde olup, mahkeme kararının kesinleşmesi ile birlikte kira sözleşmesi sona erer. Mahkeme kararı aynı zamanda kiracının iade borcu (TBK m. 334) açısından eda hükmü niteliğindedir. Kararın kesinleştiği tarihten itibaren kiraya veren, kiralananı tahliye etmeyen kiracıdan haksız işgal tazminatı talep edebilir (**Arpacı**, s. 105; **Burcuoğlu**, s. 31; **Gümüş**, Kira, s. 316, 317; **Doğan**, s. 143).

(kiralananın devri de) borca aykırı davranış haline gelir. Öyleyse denebilir ki, eski malikin kiralananı üçüncü kişiye devretmesi şeklindeki “potansiyel” borca aykırı davranışı, kiralananı devralan yeni malikin tahliye davası açarak kira sözleşmesini süresinden önce sona erdirmesiyle “aktüel” borca aykırı davranış olur¹⁵⁷.

2. Kusur

Bilindiği üzere, sözleşmesel sorumlulukta karine borçlunun kusurlu olduğu yönündedir (TBK m. 112). Bu sebeple, eski malikin tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için borca aykırılıkta kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekir.

Eski malikin ağır ya da hafif kusurlu olması, sorumluluğun kurulması için önem ifade etmez, kusur derecesi ancak TBK m. 51/1 bağlamında tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınır. Doktrinde, kiralananı devrederek kira sözleşmesinin süresinden önce sona ermesine yol açan eski malikin, borca aykırılıkta ağır kusurlu olduğu kabul edilmektedir. Zira kiralananı devredip devretmemek eski malikin tasarrufundadır ve devam eden bir kira ilişkisine rağmen kiralananı devreden eski malik ağır kusurlu sayılmalıdır¹⁵⁸. Eski malikin ağır kusurlu olması, duruma göre TBK m. 51 ve 52’deki indirim sebeplerinin dikkate alınmamasına yol açabilir¹⁵⁹.

Kanaatimizce, eski malik kural olarak her zaman borca aykırı davranışında kusurlu olacaktır. Ancak, burada adeta kesin karine (ya da fiksiyon) varmışçasına kusurun her hâlükârda ağır kusur derecesinde olacağı kabul edilmemelidir. Örneğin kiralananın devrinden önce, yeni malikin

¹⁵⁷ Bu tür hukuki konstrüksiyonlar hukuk sistemimize yabancı değildir. Örneğin yanılanın esaslı yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal ettiği hallerde, kusuruna bağlı olarak sözleşmenin diğer tarafına tazminat ödemekle yükümlü olmasında da benzer bir yapı ile karşılaşılır (TBK m. 35/1). Şöyle ki, yanılan, sözleşmenin kuruluşunda esaslı yanılmaya düşerek sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açmakta ve bu davranışı, sözleşmenin iptaliyle birlikte TMK m. 2 temelli sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırılık halini almaktadır. Tazminat sorumluluğu da bu yüküme aykırılığa dayanır. Dolayısıyla, esaslı yanılma hallerinde, sözleşmenin iptali ile aktive olan ve kaynağını esaslı yanılmaya düşüldüğü anda bulan bir yüküm ihlali söz konusudur (**Kanışlı**, s. 655). Ancak hemen dikkat çekelim ki, benzerlik zamansal geriye etki noktasındadır. Yoksa sorumluluğun kapsamı ve dayanağının benzer olduğu söylenemez. Tazminata ilişkin talep temeli, yanılmada edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisiyken; eski malikin kiracıya karşı sorumluluğunda sözleşmedir. İlkinde güven menfaati ihlali, sonrakinde ifa menfaati ihlali vardır.

¹⁵⁸ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 60; **İnceoğlu**, C. 1, s. 600; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 34; **Roncoroni**, s. 218 ve orada dn. 76; **Thanei** Anita, “Der Eigenbedarf im Mietrecht”, mietrechtspraxis/mp, 2019, s. 315; **Öktem Çevik**, s. 266; **Mehmetoğlu**, s. 220.

¹⁵⁹ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 60; **Thanei**, s. 315.

açıklamalarından ve içinde bulunduğu şartlardan hareketle onun kiralananı konut ya da işyeri ihtiyacı için devralmadığına haklı güven duyan eski malikin, daha sonra tahliye davası açılması sebebiyle kira sözleşmesinin süresinden evvel sona ermesinde ağır kusurlu olduğunu söylemek zordur. Keza, cebri icra veya iflas takibi sebebiyle gerçekleşen devirlerde de benzer bir sonuca varılabilir.

Bu noktada önemle belirtelim ki, kusur incelemesi yaparken dikkate alınacak davranış, salt kiralananın devredilmesi değildir. Zira yalnızca bu davranışa odaklanırsa, eski malikin kiralananı hukuki işlemle (iradi olarak) devrettiği durumların hepsinde kusurun kast seviyesinde olduğunu söylemek gerekir. Hâlbuki kiralananın devredilmesi o an için henüz borca aykırılık teşkil etmez, bu davranışın borca aykırılığa bürünmesi, kiralananın kira süresi boyunca kiracının kullanımında bulundurma borcunun ifasının imkânsız hale gelmesiyle (yani tahliye sonucunda) olur. Bu sebeple, eski malikin kusur derecesi denetlenirken durumun bu özelliği gözden kaçırılmamalıdır.

Öte yandan, önceki kiraya verenin borca aykırılıkta kusurlu olmadığı istisnai haller de gündeme gelebilir. Söz gelimi, intifa hakkı sahibinin kiraya veren sıfatıyla kira sözleşmesi yaptığı bir durum düşünülün. Bu durumda, şayet intifa hakkı sahibinin ölümü sebebiyle intifa hakkı sona erer ve böylece TBK m. 310 anlamında sözleşmenin tarafı haline gelen malik, daha sonra TBK m. 351/1'e göre kira sözleşmesini feshederse, ölen intifa hakkı sahibinin kusurundan söz açılmaz. Dolayısıyla, kiracı, kira sözleşmesinin erken sona ermesi sebebiyle uğradığı zararlar için ölen kişinin mirasçılarında tazminat talep edemeyecektir¹⁶⁰.

3. Zarar

a) Genel Bakış

Kiracının eski malikten tazmin etmesini isteyebileceği zararlar, kira sözleşmesinin süresinden evvel sona ermesinden kaynaklanan olumlu zararlardır. Bilindiği üzere, olumlu zararın tazminiyle, alacaklının malvarlığının, borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirilmesi amaçlanır¹⁶¹.

Tazmin edilecek zarar, kiracının malvarlığının kira sözleşmesinin erken feshinden sonraki mevcut durumu ile kira ilişkisi sözleşmesel olarak devam

¹⁶⁰ İncoğlu, C. 1, s. 600; Öktem Çevik, s. 267; Mehmetoğlu, s. 220.

¹⁶¹ Havutçu Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1995, s. 68; Gündüz, s. 27; Nomer Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17 Bası, Beta, İstanbul 2020, N. 182a; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, N. 1300; Gümüş, BG, s. 816.

etseydi içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktır¹⁶². Zamansal açıdan eski malikin sorumluluğu, kira sözleşmesinin feshinden (tahliye kararının kesinleşmesinden) itibaren başlar ve sözleşme feshedilmeyeydi sona ereceği günde biter¹⁶³. Buna göre, eski malikin tazminat sorumluluğu, belirsiz süreli kira sözleşmesinde, tahliyeden sonraki en yakın fesih dönemi sonuna kadar¹⁶⁴; belirli süreli kira sözleşmesinde ise, kararlaştırılan kira sözleşmesi süresinin sonuna kadar uğranılan zararları kapsar¹⁶⁵. Görüleceği üzere, belirli süreli sözleşme varsa, bu noktada kiracının, eğer tahliye davası açılmasaydı TBK m. 347'deki on yıllık uzama süresi boyunca kiralanda kalacağını ileri sürerek, bu süre için de tazminat talep etmesi mümkün değildir. Nitekim doktrindeki hâkim görüş de, haklı olarak, zımni uzama dönemlerinin dikkate alınmayacağı yönündedir¹⁶⁶. Buna paralel şekilde, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde TBK m. 347/2'deki (kiranın başlangıcından itibaren işleyecek) on yıllık fesih koruma süresi de zarar belirlenirken dikkate alınamaz.

Örneğin kira başlangıcı 01.02.2021 olan iki yıllık belirli süreli çatılı işyeri kirası sözleşmesinde, kira konusu taşınmazın mülkiyeti 01.03.2021'de üçüncü kişiye devredilir. Bu sözleşmenin bitiş tarihi 31.01.2023'tür. Üçüncü kişinin (yeni malikin) ihtiyaç sebebiyle açtığı tahliye davasındaki kararın 31.10.2022 tarihinde kesinleştiği ihtimalde, kiracı, eski malike karşı tazminat talebini, bu tarih ile 31.01.2023 arasındaki (üç aylık süredeki) zararları için ileri sürebilir. Kiracı, bunun dışında zımni uzama dönemleri açısından da zarara uğradığını ya da uğrayacağını ileri sürerek tazminat talep edemez.

Hem belirsiz süreli hem de belirli süreli kira sözleşmelerinde, kiracının, TBK m. 347/1 ve 2'deki¹⁶⁷ on yıllık süreler için eski malikten tazminat talep

¹⁶² Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 58; Bättig, Art. 261-261a, N. 33; Öktem Çevik, s. 268; Gündüz, s. 330; Thanei, s. 315; Pietruszak / Zachariae, s. 52.

¹⁶³ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 56; Pietruszak / Zachariae, s. 52; krş. Roncoroni, s. 218.

¹⁶⁴ Burada, TBK m. 347/2'nin "genel hükümlere" yaptığı atıf gereği TBK m. 329'a göre, (TBK m. 328 uyarınca kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden itibaren işleyecek) "altı aylık fesih dönemi sonu", bu tazminat sorumluluğu için zamansal sınır teşkil eder.

¹⁶⁵ Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 56; Roncoroni, s. 218; Koller, § 7 N. 64; İnceoğlu, C. 1, s. 601 ve dn. 2430; Öktem Çevik, s. 268; Gündüz, s. 330.

¹⁶⁶ İnceoğlu, C. 1, s. 602; Öktem Çevik, s. 268; Gündüz, s. 331. Aksi görüşte bkz. Ural Çınar, s. 184.

¹⁶⁷ TBK m. 347: "(1)... Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

edememesi, çeşitli argümanlara dayandırılabilir. Birinci argüman, bu sürelerin yasal süreler olup, tarafların karşılıklı irade uyuşmasına dayanmamasıdır. Gerek belirli süreli kira sözleşmelerine ilişkin zımni uzama süreleri, gerekse belirsiz kira sözleşmelerindeki on yıllık koruma süresi, tarafların uyuşan iradelerinden bağımsız olarak uygulanır. Başka bir argüman da şudur: Eski malikin kiralananı devretmeyip, TBK m. 350/1 b. 1'e göre kendi ihtiyacı sebebiyle tahliye davası açmak isteseydi bu süreleri beklemek zorunda kalmayacak olması, eski malikin TBK m. 351/1'e göre gerçekleşen tahliyeye bağlı sorumluluğu açısından da dikkate alınmalıdır. TBK m. 350/1 b. 1'e göre dava açma süresi, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda; belirsiz süreli sözleşmelerde ise, genel hükümlere (TBK m. 328, 329'a) göre tespit edilecek fesih döneminin (yani altı aylık dönemin) sonunda işlemeye başlar. Dolayısıyla, eski malikin, sözleşmeyi aynı sebeple kendisinin sona erdirebileceği süreden daha fazla bir süre için sorumlu olmaması gerekir. Öte yandan, uygun nedensellik bağının sorumluluğu sınırlayıcı işlevi de, TBK m. 347/1 ve 2'deki süreler açısından kiracının tazminat talep etmesini engeller.

Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur: Eğer TBK m. 351/1'e göre tahliye TBK m. 347/1'deki bir yıllık uzama dönemi içinde gerçekleşirse, kanaatimizce bu ihtimalde, kira sözleşmesinin sona erdiği tarih (fesih tarihi) ile bir yıllık uzama yılının bitiş tarihi arasında ortaya çıkan zarardan eski malikin sorumlu olması gerekir. Zira kiracının, uzama yılına girilmekle birlikte, o yıl sonuna kadar eski malike karşı korunması gereken ifa menfaati vardır. Hiç kuşkusuz, bu durumda kiracı, daha sonraki olası (zımni) uzama yılları için yine tazminat talep edemeyecektir. Yukarıdaki örnek üzerinden gidersek, başlangıç tarihi 01.02.2021 olan iki yıllık belirli süreli çatılı işyeri kirası sözleşmesi, kiracı tarafından sözleşme süresinin bitiminden (31.01.2023'ten) en geç on beş gün önce bildirimde bulunulmadığı için bir yıllık uzama dönemine girer. Bu noktada, kira sözleşmesi 31.01.2024'e kadar uzatılmış olur. Varsayalım ki, bu sefer kiralanan taşınmazın mülkiyeti 01.02.2023 tarihinde üçüncü kişiye devredilmiş ve üçüncü kişinin (yeni malikin) açtığı tahliye davasındaki karar 31.10.2023 tarihinde kesinleşerek sözleşme sona ermiştir. Bu ihtimalde, kiracı, ifasına başlanan uzama dönemi içinde gerçekleşen tahliye sebebiyle uğradığı zararın tazminini eski malikten talep edebilir. Eski

sebeup göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. (2) Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiracının başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildirimiyile sözleşmeyi sona erdirebilirler”.

malikin tazminat sorumluluğu ise, 31.10.2023 ile uzama döneminin bitim tarihi olan 31.01.2024 arasındaki üç aylık süreyi kapsar.

Zararın varlığını ve miktarını kiracı ispat eder (TBK m. 114/2 atfıyla TBK m. 50). Zararın ve tazminat miktarının belirlenmesi konusunda genel hükümler (TBK m. 50 vd.) uygulanır. Bu bağlamda, kiracı, kira sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi nedeniyle ekonomik yarar elde etmişse, bunun da zarar miktarından mahsup edilmesi (denkleştirilmesi) gerekir¹⁶⁸.

Eski malikin tazminat sorumluluğu açısından önem arz edebilecek başka bir konu da, kiracının zararın doğmasında ya da artmasında kusurunun bulunmasıdır. TBK m. 351/1'e göre gerçekleşen tahliyeden zarar gören kiracının, ortaya çıkan zarardan eski malik ile birlikte kusurlu olması veya zararı arttırmama külfetine aykırı davranması halinde, tazminatta indirimle gidilebilir ya da sorumluluk tamamen ortadan kaldırılabilir (TBK m. 52/1)¹⁶⁹. Bu bağlamda, kiracının tahliye davasında gerekli savunmaları yapmaması, söz gelimi yeni malikin ihtiyacının gerçek ve samimi olmadığına ilişkin bildiği ya da bilmesi gerektiği vakıaları ileri sürmemesi¹⁷⁰ veya eski malik ile yeni malik arasındaki sözleşmenin hükümsüzlüğünü dermeyeran etmemesi gibi haller, kiracının birlikte kusuruna örnek verilebilir¹⁷¹. Yine, şerh anlaşmasının varlığına rağmen eski malikin şerh talebinde bulunma borcunu ifa etmediği bir ihtimalde, kiracının (TMK m. 716'ya kıyasen) dava yoluyla tapu kütüğüne şerhin düşülmesini sağlama imkânı varken¹⁷² bunu kullanmaması ve bu yüzden tahliyenin gerçekleşmesi halinde de, durum böyledir. Kiracının konutu tahliye ettikten sonra başka bir konut bulana kadarki süreçte yaptığı makul seviyenin üstündeki otel ya da pansiyon masrafları ise, zararı arttırmama külfetine aykırılık teşkil eder.

¹⁶⁸ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 60; **Koller**, § 7 N. 63; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 33.

¹⁶⁹ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 60; **Bättig**, Art. 261-261a, N. 34; krş. **Thanei**, s. 315. Zararı arttırmama külfetine aykırılığın tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmasının oldukça zor olduğunu burada hatırlatalım (bu konuda bkz. **Baysal Başak**, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 43, 301 vd.).

¹⁷⁰ Krş. **Bättig**, Art. 261-261a, N. 33; **Giger**, Art. 261, N. 37; **Roncoroni**, s. 218.

¹⁷¹ Kiracının tahliye davasında gerekli savunmaları kasten ya da ağır ihmali sonucu yapmaması, duruma göre nedensellik bağıni kesen bir sebep olarak değerlendirilebilir. Pratikte gerçekleşmesi zor olsa da, bu durumda eski malikin tazminat sorumluluğu gündeme gelmez.

¹⁷² Doktrinde, kiracının TMK m. 716 üzerinden şerhe zorlama davası açabileceği kabul edilmektedir (**İnceoğlu**, C. 1, s. 612; **Acar**, m. 312, N. 13; **Higi / Wildisen**, Art. 261b, N. 5).

b) Zarar Kalemleri

Daha önce belirtildiği üzere, eski malikin sorumluluğu kusurlu ifa imkânsızlığına dayanır. Bu sebeple, tazmini istenecek olumlu zarar, ifa edilmeyen edimin değeri, imkânsızlık nedeniyle ortaya çıkan kazanç kayıpları ve masraflar gibi zararlardır¹⁷³. Bu bağlamda, kiracının başlıca olumlu zarar kalemleri şu şekilde sıralanabilir:

b.1) Kira Bedeli Farkı

Kiracı, sona eren kira sözleşmesindeki kira bedeli ile yeni kira sözleşmesindeki kira bedeli arasındaki farkı eski malikten talep edebilir¹⁷⁴. Hatta genel bir bakışla denebilir ki, kiracı eski kiralanda ne kadar fazla oturduysa, yeni kira sözleşmesi için ödeyeceği kira bedeli ile eski kira bedeli arasındaki fark çoğunlukla o oranda artacağından, eski malikin tazminat sorumluluğunun kapsamı da aynı oranda genişleyecektir. Örneğin, dört yıldır uzama döneminde olan bir kira sözleşmesindeki kiracının, aynı muhitte eskisiyle eş değer niteliklere sahip yeni bir apartman dairesi kiralamak istediği bir durumda, kentsel dönüşüm veya ulaşım imkânları gibi çevresel gelişmelerin etkisiyle emsal kira bedellerinin eski kira bedelinden oldukça yüksek olacağı açıktır. Sona eren kira sözleşmesinde o kira yılı için aylık 2.000 TL kira bedeli ödeyen kiracı, eş değer niteliklere sahip yeni kiralanan için aylık 7.000 TL kira bedeli üzerinden kira sözleşmesi yaptığında, eski malikten sırf bu kalem çerçevesinde her ay için 5.000 TL tazminat isteyebilecektir.

Zararın somut veya soyut yöntemle hesaplanması mümkündür¹⁷⁵. Somut yönteme göre, kiracının eski kira sözleşmesindeki kira bedeli ile eski kiralana benzer (eş değer) niteliklere sahip yeni kiralanan için ödediği kira bedeli arasındaki fark tazmin edilir¹⁷⁶. Söz konusu ikame kira sözleşmesi dürüstlük kuralına uygun yapılmalıdır¹⁷⁷. Yani kiracının eski malike en az zarar verecek tarzda hareket etmesi, eş değerde niteliklere sahip ikame kiralanan için somut olayın şartlarına göre makul seviyenin üstünde bir kira bedeli ile anlaşmaması gerekir. Bu sınırın aşılması halinde,

¹⁷³ Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 1081, 1082; Gümüüş, BG, s. 818, 819; Gündüz, s. 348 vd.

¹⁷⁴ Inceoğlu, C. 1, s. 601; Higi / Wildisen, Art. 261-261a, N. 59; Giger, Art. 261, N. 37; Koller, § 7 N. 64; Hulliger, s. 135; Hulliger / Heinrich, Art. 261-261b, N. 9; Roncoroni, s. 219; Thanei, s. 315.

¹⁷⁵ Olumlu zararın somut ve soyut yönteme göre hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, s. 115 vd.; Gündüz, s. 433 vd.

¹⁷⁶ Inceoğlu, C.1, s. 601; Roncoroni, s. 219.

¹⁷⁷ İkame işlemin taşınması gereken niteliklerine ilişkin bkz. Havutçu, s. 117; Gündüz, s. 436; Yavuz / Acar / Özen, s. 61, 62.

yeni kiralanana için ödenen kira bedelinin makul seviyeyi aşan kısmı, kiracının zararı arttırmama külfeti gereği tazminatta indirim sebebiyet verir. İkame kira sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun yapılmadığını ispat, kiraya verenin üzerinde olmalıdır¹⁷⁸. Şayet kiracı, eş değer niteliklere sahip bir yer için eskisine oranla daha az kira bedeli ödeyecekse, doğal olarak eski malikten bu kalem için bir tazminat talep edemez¹⁷⁹.

Eğer kiracı, eskisinden daha kullanışlı, daha iyi nitelikleri olan bir yer için kira sözleşmesi yapmışsa, örneğin eskisinden farklı olarak deniz manzaralı veya şehrin cazibe merkezinde bir yer kiralamışsa, tazminat belirlenirken uygun bir indirim yapılması gerekir¹⁸⁰. Öte yandan, kiracının eskisinden daha az kullanışlı, daha düşük nitelikleri olan bir yer için kira sözleşmesi yaptığı ihtimalde ise, zararın hesaplanmasında ikame kira sözleşmesindeki bedel dikkate alınır¹⁸¹. Zira zararın hesaplanmasında fark teorisi esas alındığında¹⁸², yeni kiralananın daha az kullanışlı olmasının kiracının malvarlığında bir azalma yarattığı söylenemez. Onun zararı, buraya ödediği veya ödeyeceği kira bedeli ile eski kiralanana ödediği kira bedeli arasındaki farktır. Bu sebeple, örneğin kiracının yeni taşındığı yerin şehrin cazibe merkezine veya yeşil alanlara uzak ya da güzel bir manzaradan yoksun olduğu hallerde, kiracı, normatif zarar kavramı ile çalışılmadığı sürece, eski malikten bu gibi yoksun kalınan nitelikler için tazminat talep edemez¹⁸³. Bu noktada, Türk hukuku ve yargısındaki hâkim

¹⁷⁸ **Havutçu**, s. 118; **Gündüz**, s. 439.

¹⁷⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 62. Doktrinde hâkim görüş, böyle bir ihtimalde, kira bedelleri arasındaki kiracı lehine olan farkın, diğer zararlardan indirilmesi gerektiği yönündedir (**İnceoğlu**, C. 1, s. 601; **Öktem Çevik**, s. 269; **Gündüz**, s. 331). Kanaatimizce, böyle durumlarda her zaman indirim (denkleştirme) yapılması gerektiğini söylemek isabetli değildir. Zira ancak kira sözleşmesinin tahliye davası sebebiyle erken sona ermesi ile uygun illiyet bağı içindeki ekonomik yararlar zarardan denkleştirilir. Söz gelimi, eski kiralanana benzer nitelikteki bir yer için eski kira bedelinden daha uygun bedele anlaşma yapan kiracının bu avantajlı duruma kendi becerisiyle (pazarlık yaparak) ulaştığı ihtimallerde, denkleştirme gündeme gelmemelidir.

¹⁸⁰ **İnceoğlu**, C. 1, s. 601; **Öktem Çevik**, s. 269; **Mehmetoğlu**, s. 221; **Giger**, Art. 261, N. 37; **Koller**, § 7 N. 64; **Hulliger**, s. 135.

¹⁸¹ Krş. **Yavuz / Acar / Özen**, s. 62.

¹⁸² Bu teoriye göre maddi zarar hesaplanırken, malvarlığının borca aykırılıktan sonraki durumu ile borca aykırılık gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark esas alınır (bkz. **Tekinay** Selahattin Sulhi / **Akman** Sermet / **Burcuoğlu** Haluk / **Altop** Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 548; **Eren**, BG, s. 546; **Oğuzman / Öz**, C. 2, N. 113).

¹⁸³ Bu tür normatif zararın tazmin edilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 58; **Öktem Çevik**, s. 271; krş. **İnceoğlu**, C. 1, s. 602. Normatif zarar *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

görüşün zararın hesaplanmasında klasik fark görüşünü benimsediğini ve dolayısıyla normatif zararın tazmin edilebilirliğine mesafeli olduğunu hatırlatalım. Yine aynı görüşün bir sonucu olarak, tahliyeden sonra yeni bir yer kiralayana kadar bir akrabasının veya bir yakınının yanında kalan kiracı da, bu süre için tazminat talep edemez.

Soyut yönetime göre, kiracının eski kiralananla eş değer niteliklere sahip bir kiralanan için kira sözleşmesi yapsaydı ödeyeceği (rayiç) kira bedeli ile eski kiralanan için ödediği kira bedeli arasındaki fark tazminat olarak istenir. Doktrinde, kiralanan eski taşınmaz ile yeni taşınmaz arasındaki somut değer farkının (somut zararın) hesaplanmasındaki zorluk sebebiyle, soyut yöntemin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁴. Kanaatimizce, zararın ispat yükü üzerinde olan kiracı, tıpkı satış sözleşmesinde temerrüde ilişkin olarak alıcıya ve satıcıya tanındığı gibi (TBK m. 213/2 ve 3, TBK m. 236/2 ve 3'e kıyasen), olumlu zararının ister somut isterse soyut yönetime göre hesaplanmasını sağlayabilmelidir¹⁸⁵.

b.2) Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr çoğunlukla işyeri kiralalarında gündeme gelir. Buna göre, işyeri kiralalarında kiracı, işyerini kira sözleşmesi süresi bitmeden önce başka yere taşımak zorunda kalmasından dolayı uğradığı kazanç kayıplarının tazminini eski malikten isteyebilir. Bu kapsamda akla ilk gelen örnek, müşteri çevresinin kaybı ya da azalması sebebiyle uğranılan gelir kaybıdır¹⁸⁶. Ancak gelir kaybının, bazı hallerde konut kiralalarında da gerçekleşmesi mümkündür. Söz gelimi, caiz alt kira sözleşmesi yaparak (örneğin *airbnb*) gelir elde eden asıl kiracı, yeni malikin tahliye davası sebebiyle kira sözleşmesi erken sona ermişse, yoksun kaldığı kârı eski malikten talep edebilir¹⁸⁷.

konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan** Rona, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Hakız Zenginleşme, 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, § 16 N. 7; **Baysal** Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, N. 2.211 vd.

¹⁸⁴ **İnceoğlu**, C. 1, s. 601; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 59.

¹⁸⁵ Doktrinde, satış sözleşmesinde temerrüde ilişkin olarak öngörülen somut yöntem ve soyut yöntemin (TBK m. 213/2, 3 ve TBK m. 236/2, 3), olumlu zararın tazmininin istendiği tüm borca aykırılıklara kıyasen uygulanabileceği ağırlıklı olarak savunulmaktadır (**Havutçu**, s. 116; **Gündüz**, s. 431, 432).

¹⁸⁶ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 59; **İnceoğlu**, C. 1, s. 602; **Öktem Çevik**, s. 269; **Roncoroni**, s. 219.

¹⁸⁷ Doktrinde, caiz alt kira sözleşmesinin varlığı halinde, kiralananı devralan yeni malikin TBK m. 310 gereği ayrıca alt kira sözleşmesinin varlığına ve devamına katlanmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir (birçoğu yerine bkz. **Acar**, m. 310, N. 5).

b.3) Masraflar

Uygulamada genellikle rastlanan masraflar; yeni kiralanan için yapılan taşınma masrafları, taşınacak yer bulmak için yapılan yol masrafları, taşınılan yeni yerde yapılan temizlik masrafları, yeni malikin açtığı tahliye davasından kaynaklanan vekâlet ücretleri ve dava masrafları, çoğunlukla işyeri kiralarında gündeme gelecek olan taşınılan yeni yerde yapılan dekorasyon masraflarıdır¹⁸⁸. Kiracının taşındığı yeni yer eskisine nazaran işyerine daha uzakta kalıyorsa, kiracının ekstra yaptığı ulaşım masraflarının da zarar kapsamına dâhil olduğu söylenebilir¹⁸⁹. Yine, kiracının yeni bir yer bulana kadar geçen makul sürede yaptığı dürüstlük kuralına uygun otel ve pansiyon masrafları da eski malikten talep edilebilir¹⁹⁰. Ayrıca kiracı, eski malikin rızası doğrultusunda kiralananaya yaptığı ve fakat tahliye sebebiyle boşa çıkan yatırımlarının, söz gelimi taşınmazdaki iç duvarın yıkılması, parkelerin yenilenmesi veya ısıtma sisteminin değiştirilmesi için yaptığı masrafların henüz amorti edilmeyen kısmı için de tazminat talep edebilir¹⁹¹. Bu masraf türü, özellikle uzun süreli yapılan ve fakat yeni malikin açtığı tahliye davası sebebiyle erken sona eren işyeri kirası sözleşmelerinde gündeme gelir. Öte yandan, edim (kullandırma borcu) ifa edilseydi yine de yapılacak olan masrafların tazmini istenemez¹⁹². Örneğin kira sözleşmesinin kurulması amacıyla yapılan noter ya da ulaşım masrafları böyledir. Zira bu masrafların yeni malikin açtığı tahliye davası sebebiyle yapıldığı söylenemez.

Doktrinadaki bir görüş, kira sözleşmesinin feshedildiği tarih ile feshedilmeseydi sona ereceği tarih arasında kısa bir süre varsa, kiracının “taşınma ve dekorasyon masraflarının” tazminini talep edemeyeceğini savunmaktadır. Zira bu görüşe göre, kiracı bu masrafları, yeni taşınılan yer için kısa bir süre sonra zaten yapmak zorunda kalacaktır. Bu durumda, eski malikin kiralananı devretmesi (ve bu yüzden kira sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi) ile taşınma ve dekorasyon masrafları arasında uygun nedensellik bağı bulunmadığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşmenin feshedildiği tarih ile feshedilmeseydi sona ereceği tarih arasında uzun bir süre varsa, bu masraflar tazmin edilebilecektir¹⁹³.

¹⁸⁸ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 59; **İnceoğlu**, C. 1, s. 603; **Öktem Çevik**, s. 271; **Koller**, § 7 N. 64; **Giger**, Art. 261, N. 37; **Roncoroni**, s. 219; **Thanei**, s. 315.

¹⁸⁹ **Öktem Çevik**, s. 270.

¹⁹⁰ **Roncoroni**, s. 219; **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 59.

¹⁹¹ **Thanei**, s. 315; **Hulliger**, s. 134.

¹⁹² **Havutçu**, s. 76; **Gündüz**, s. 350.

¹⁹³ **İnceoğlu**, C. 1, s. 603; **Öktem Çevik**, s. 270.

Bu görüşe katılma imkânı göremiyoruz. Çünkü ilk ihtimalde, yani sözleşme süresinin bitimine kısa süre kaldığı durumda dahi, söz konusu masrafların doğrudan ve gerçek sebebi, kira sözleşmesinin “tahliye yüzünden” süresinden önce sona ermesidir. Diğer bir ifadeyle, genel hayat tecrübeleri dikkate alındığında, kira sözleşmesinin erken sona ermesi, bu tür masrafların yapılmasının uygun sebebini teşkil eder. Eski malik, sözleşmenin erken sona ermesi halinde kiracının bu tür masraflar yapabileceğini objektif şekilde öngörebilecek durumdadır. Aksi bir yorum, zamansal bir rastlantı sebebiyle eski maliki ödüllendirmek anlamına gelir. Ayrıca, TBK m. 347/1'e göre, kiracı aksini istemediği takdirde (ve tabii ki sözleşmeye uygun davrandığı sürece) sözleşmenin on yıllık uzama süresi boyunca devam edecek olması karşısında, kiracının sözleşme feshedilmeseydi bu masrafları “zaten yapmak zorunda kalacağı” şeklinde kesin bir çıkarımda bulunmak da pek isabetli değildir.

Sonuç olarak, feshedilen sözleşmenin süresinin bitimine az bir süre kalsa dahi, söz konusu masraflar açısından uygun nedensellik bağı mevcut olduğundan, eski malikin bu masraflardan sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bu tür ihtimallerde, eski malikin sorumluluğunu sınırlamak bazen somut olayın şartlarına göre hakkaniyete uygun olabilir. Bu doğrultuda, hâkimin TBK m. 51/1'deki “durumun gereği” ölçütünü dikkate alarak tazminatta indirime gitmesi mümkündür. Burada, zararın doğumunda farazi sebep ile gerçek sebep ayırımına dayanan, “önüne geçilen nedensellik (farazi nedensellik)” durumu söz konusudur¹⁹⁴. Yeni malikin tahliye davası yoluyla sözleşmeyi feshetmesi, taşınma ve dekorasyon masraflarının “gerçek sebebidir”. Kira sözleşmesinin süresinin bitimine kısa bir süre kalmış olması ise, sözleşme feshedilmeseydi söz konusu masrafların yapılacak olmasının mevcut “farazi sebebidir”. Yeni malikin açtığı tahliye davası, kira sözleşmesinin süresinin yakında sona erecek ve masrafların yapılacak olmasının önüne geçerek, yapılan masrafların gerçek sebebi haline gelir¹⁹⁵. Şu halde, gerçek sebep gerçekleşmeseydi, kiracının yakında yine aynı masrafları yapacağı söylenebiliyorsa, feshedilen kira

¹⁹⁴ Doktrindeki hâkim görüş, farazi sebebin gerçek sebepten önce var olduğu hallerde, duruma göre tazminatta indirime gidilebileceğini kabul etmektedir. Bu görüş ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Eren**, BG, s. 576, 577; **Oğuzman / Öz**, C. 2, N. 146 ve dn. 122; **Nomer**, N. 112.4.

¹⁹⁵ Durum, kanserden dolayı yakın zamanda ölmesi beklenen hastanın, geçirdiği trafik kazası sonucu daha önce ölmesine benzetilebilir (benzer bir örnek için bkz. **Oğuzman / Öz**, C. 2, N. 146).

sözleşmesinin bitimine kısa bir süre kalması, eski malikin ödeyeceği tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

4. Uygun Nedensellik Bağı

Uygun nedensellik bağı, eski malikin tazminat sorumluluğunu kurduğu gibi, tazmin edilecek zararların kapsamını da belirler. Bu bakımdan, kiracının eski malikten talep edeceği tazminat, yeni malikin açtığı tahliye davası sebebiyle kira sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan zararlardır¹⁹⁶.

D. Zamanaşımı

Kiracının eski malike karşı tazminat alacağı, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı, prensip olarak alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar (TBK m. 149). Bu noktada, eski malikin tazminat sorumluluğu açısından zamanaşımının hangi andan itibaren işlemeye başlayacağını belirleyebilmek için, öncelikle borca aykırı davranışı ortaya koymak gerekir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, eski malikin borca aykırı davranışı, kira süresi içinde kiralananın mülkiyetini devretmesi (veya kiralanan üzerinde kiracılık hakkıyla bağdaşmayan bir sınırlı ayni hak tesis etmesi) ve böylece yeni malikin TBK m. 351/1'e göre sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmesine yol açmasıdır. Burada eski malikin borca aykırılığı, sonraki ifa imkânsızlığı teşkil eder. Zira TBK m. 351/1'e göre açılan davadaki tahliye kararının kesinleşmesi ile birlikte, eski malikin kiralananı sözleşme süresi boyunca kiracının kullanımında bulundurma borcunun ifası imkânsızlaşır. Böylece, sözleşmedeki asli edimin yerini kusurlu eski malikin tazminat ödeme yükümü alır¹⁹⁷.

Bu noktada, zamanaşımı süresinin eski malikin borca aykırı davranışından, yani kiralananı devrettiği andan itibaren işlemeye başlayacağı düşünülebilir¹⁹⁸. Ancak, bize göre isabetli olan çözüm tarzı şudur: Burada kusurlu ifa imkânsızlığı mevcut olduğundan, kiracının tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı, tahliye kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır. Şöyle ki, katıldığımız hâkim görüşe göre,

¹⁹⁶ **Higi / Wildisen**, Art. 261-261a, N. 60; **Yıldırım**, s. 125; **Öktem Çevik**, s. 267; **Mehmetoğlu**, s. 223.

¹⁹⁷ Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığının sonuçları konusunda bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, § 16 N. 3 vd. Doktrindeki bir diğer görüş, sonraki ifa imkânsızlığı kusura dayansın ya da dayanmasın, her hâlükârda ifası imkânsızlaşan borcun sona ereceğini savunur. Bu görüşe göre, borçlunun kusuru bulunması halinde ise, tazminat borcu imkânsızlıktan doğan yeni bir borç teşkil eder (**Oğuzman M. Kemal / Öz M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, N. 1475).

¹⁹⁸ **Lüscher**, s. 953 dn. 64.

sözleşmeye aykırılık halinde (TBK m. 112), asıl alacağın (asli edimin) yerine geçip onun devamı niteliğinde olan tazminat alacaklarına ilişkin zamanaşımı, asıl alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁹⁹. Ancak bu görüş, daha çok ani edimli sözleşmelerin karakteristik yapısını yansıtır. Dolayısıyla, kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğini dikkate alarak, bu görüşü eski malikin tazminat sorumluluğu açısından şu şekilde açıklamak gerekir. Kiralananı kullandırma borcu (asli edim), kira sözleşmesinin sona ermesi anına kadar zaten sürekli şekilde ifa edildiğinden, kiracının kullanma alacağının muacceliyetinden (talep edilebilirliğinden) bahsetmenin de bir anlamı yoktur. Dolayısıyla, zamanaşımının başlangıcı açısından önemli olan an, TBK m. 351/1'e dayalı fesih sebebiyle kullandırma borcunun ifasının kesildiği ve buna bağlı olarak, kiracının bu borcun ifasını -eğer imkânsızlaşmasaydı- isteyebilir hale geldiği andır. Diğer bir ifadeyle, tahliye kararının kesinleşmesiyle birlikte kullandırma borcunun ifasının imkânsızlaşarak kendisini tazminat borcuna bıraktığı andan itibaren, eski malikin tazminat sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı işlemeye başlar²⁰⁰.

SONUÇ

Kiralananı sonradan edinen kişinin TBK m. 351/1 çerçevesinde tahliye davası açarak kira sözleşmesini süresinden önce feshetmesi halinde, kiracının bu erken fesih sebebiyle ortaya çıkan zararının tazminini talep edebileceğine ilişkin TBK'da özel bir düzenleme yoktur.

Türk hukuk doktrininde, kiracının böyle bir tazminat hakkına sahip olup olmadığı ve bu tazminat sorumluluğunun hukuki dayanağı konusu tartışmalıdır. Bizim de iştirak ettiğimiz görüş, eski malikin (önceki kiraya verenin) kiracıya karşı sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazminat sorumluluğunun bulunduğu yönündedir. Burada kanun koyucunun nitelikli susmasından ya da kanun boşluğundan söz açılmaz. Eski malikin tazminat sorumluluğunun TBK m. 112'nin uygulama alanına girdiği kabul edilmelidir.

¹⁹⁹ **Erdem** Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 163, 164; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 853, 854; **Eren**, BG, s. 1315.

²⁰⁰ Kusurlu ifa imkânsızlığında tazminat borcunun asli edimin yerini almadığı, imkânsızlık sebebiyle doğan yeni bir borç olduğu görüşü (**Oğuzman / Öz**, C. 1, N. 1475) kabul edildiğinde de sonuç değişmeyecektir. Zira bu görüşe göre de, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı, ifa imkânsızlığının gerçekleştiği, yani tahliye kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Eski malikin borca aykırı davranışı, kiralananı başkasına devrederek kira sözleşmesinin yeni malik tarafından TBK m. 351/1'e göre feshine yol açmasıdır. Kiralananı devralan yeni malik, tahliye davası açarak kira sözleşmesini süresinden önce sona erdirdiğinde, eski malikin kiralananı devretme yönündeki davranışı da borca aykırı davranış haline gelir. Zira tahliye davasındaki kararın kesinleşmesi sonucunda kira sözleşmesi sona erer ve eski malikin kiralananı sözleşme süresince kiracının kullanımına hazır bulundurma borcu ihlal edilmiş olur. Eski malikin borca aykırı davranışının kural olarak daima kusura dayanacağı söylenebilir.

Eski malikin tazminat sorumluluğu, tahliye kararının kesinleştiği tarih ile sözleşme feshedilmeseydi sözleşmenin sona ereceği tarihe kadarki olumlu zararları kapsar. Buna göre, tazmin edilecek zararlar, belirsiz süreli kira sözleşmesinde, tahliyeden sonraki en yakın fesih dönemi sonuna kadar; belirli süreli kira sözleşmesinde ise, kararlaştırılan kira sözleşmesi süresinin sonuna kadar uğranılan zararlardır. Kiracının başlıca zarar kalemleri, sona eren kira sözleşmesindeki kira bedeli ile yeni kira sözleşmesindeki kira bedeli farkı, kira sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesi sebebiyle mahrum kalınan kâr ve taşıma masrafları, dava masrafları ve yeni taşınan yerde yapılan dekorasyon masrafları gibi masraflardır. Kiracının tazminat alacağı, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı süresi tahliye kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlar.

KAYNAKÇA

- Acar** Faruk, Kira Hukuku Şerhi: (TBK m. 299-332), 4. Baskı, Beta, İstanbul 2017.
- Akgün Akay** Merve, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Akyiğit** Ercan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Altınok Ormancı** Pınar, “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları”, İTÜSBD, C. 12, S. 24, Güz 2013/2, s. 125-141.
- Antalya Gökhan / Topuz** Murat, Medeni Hukuk (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), Cilt 1, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Aral** Fahrettin / **Ayrancı** Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Aral** Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

- Arpacı** Abdülkadir, Kira Hukuku ve Uygulaması: Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, Temel Yayınları, İstanbul 2002.
- Aydın** Gülşah Sinem, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Aydoğdu** Murat / **Kahveci** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Ayrancı** Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Bättig** Hans, SVIT-Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2018.
- Baysal** Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019. (*Haksız Fiil*)
- Baysal** Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020. (*Uyarlanma*)
- Baysal** Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (*Zarar Görenin Kusuru*)
- Burcuoğlu** Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Çabri** Sezer, "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesi veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması", MÜHFHAD, C. 18, S. 3, 2012, s. 163-199.
- Doğan** Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Dural** Mustafa / **Sarı** Suat, Türk Özel Hukuku: Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Erdem** Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (*BG*)
- Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (*BÖ*)
- Ertuğrul** Meltem, "Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması", Ankara Barosu Dergisi, C. 72, S. 4, 2014, s. 542-578.
- Fellmann** Walter, "Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR – ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken", Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 1994, s. 539-547.

- Genç Arıdemir** Arzu, “Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelemeyeceği Sorunu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, S. 95-96, 2012, s. 125-158.
- Giger** Hans, BK-Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR, Stämpfli, Bern 2020.
- Gül** İbrahim, “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı’ya Armağan, C. 18, S. 2, 2021, s. 931-951.
- Güler** Zeynep, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Dava Yoluyla Sona Ermesi”, İKÜHFD, C. 15 (2), 2016, s. 713-748.
- Gümüş** Mustafa Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. (*Kira*)
- Gümüş** Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021. (*BG*)
- Gündüz** Ş. Deren, Olumlu Zarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Günel** Mustafa Cahit, Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Havutçu** Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1995.
- Higi** Peter / **Anton** Bühlmann, ZK-Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR, 5. neu bearbeitete Auflage, Schulthess, Zürich 2019.
- Higi** Peter / **Wildisen** Christoph, ZK-Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR, 5. neu bearbeitete Auflage, Schulthess, Zürich 2019.
- Honsell** Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Überarbeitete Auflage, Stämpfli, Bern 2017.
- Hulliger** Urban / **Heinrich** Peter, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR, 3. Auflage, Schulthess Zürich 2016.
- Hulliger** Urban, Mietrecht In a Nutshell, Dike, Zürich 2020.

- İkizler** Metin, “Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 2, s. 25-59.
- İnceoğlu** M. Murat, Kira Hukuku Cilt 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014. (C. 1)
- İnceoğlu** M. Murat, Kira Hukuku Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014. (C. 2)
- Kanışlı** Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Kılıç** Mehmet, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Kılıçoğlu** Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu** Necip, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme, 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Koç** Nevzat, “Terkin Olunan Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2 (1), Bahar 2015, s. 111-132.
- Koller** Alfred, § 7 Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Auflage, Stämpfli, Bern 2017, s. 345–371.
- Lüscher** Christoph, “Art. 261 OR”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 1997, s. 947-954.
- Mehmetoğlu** Hayreddin Fırat, Kiralananın El Değiştirmesi ve Yeni Malikin Gereksinim Nedeniyle Fesih Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Nomer** Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17 Bası, Beta, İstanbul 2020.
- Oğuzman** M. Kemal / **Öz** M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021. (C. 1)
- Oğuzman** M. Kemal / **Öz** M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020. (C. 2)
- Öktem Çevik** Seda, Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Aynı Hakka Konu Olması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

- Özdemir** Hayrunnisa, “Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu”, AÜHFD, C. 62, S. 1, 2013, s. 147-174.
- Özen** Burak, “Kira Konusunun Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 89-107. (2013)
- Özen** Burak, “Kira Konusunun Devri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 137-179. (2010)
- Paksoy** Meliha Sermin, “Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10 (1), 2019, s. 133-143.
- Permann** Richard, OFK-Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007.
- Pietruszak** Thomas / **Zachariae** Jörg, “Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht), 2000, s. 41-55.
- Roncoroni** Giacomo, “Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag”, mietrechtspraxis/mp, 2005, s. 195-231.
- Schwenzer** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli, Bern 2016.
- Serozan** Rona / **Baysal** Başak / **Sanlı** Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Serozan** Rona, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Hakız Zenginleşme, 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016. (*İfa Engelleri*)
- Serozan** Rona, Hukukta Yöntem, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015. (*Yöntem*)
- Serozan** Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Sert** Selin, “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Ayni Hak Kurulması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar (TBK m. 311)”, Ankara Barosu Dergisi, C. 72, S. 4, 2014, s. 63-79.
- Sirmen** A. Lâle, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Şener** Oruç Hami, İşyeri İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Tandoğan** Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt: I/2, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

- Tekinay** Selahattin Sulhi / **Akman** Sermet / **Burcuoğlu** Haluk / **Altop** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tercier** Pierre / **Pichonnaz** Pascal / **Develioğlu** H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Thanei** Anita, “Der Eigenbedarf im Mietrecht”, mietrechtspraxis/mp, 2019, s. 295-317.
- Tosun** Yalçın, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Gereksinimi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 137-138, 2016, s. 31-53.
- Tschudi** Matthias, SVIT-Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2018.
- Uçkan** Mertkan, Satış Sözleşmesinde Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2021.
- Ural Çınar** Nihal, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Vardar Hamamcıoğlu** Gülşah, “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar (TBK. m. 311)”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 74, S. 1, 2016, s. 304-331.
- Weber** Roger, BSK-Basler Kommentar Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I, Hrsg. Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn, 7. Auflage, Basel 2019.
- Wytttenbach** Markus, “Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR)”, mietrechtspraxis/mp, 2011, s. 1-36.
- Yavuz** Cevdet / **Acar** Faruk / **Özen** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, Beta, İstanbul 2019.
- Yavuz** Nihat, Kira Hukuku, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- Yıldırım** Mustafa Fadıl, “Kiralananın Temliki Halinde Kiracının Korunması Gereksiz mi? -Kiralananın Temliki Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye Edilen Kiracının Tazminat Talebi-”, GÜHFD, C. 17, S. 4, 2013, s. 117-125.
- Yüce** Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Zevkliler** Aydın / **Gökyayla** K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Zucker Armin / **Eichenberger** Christian, “Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch - Ausgewählte praktische Fragen”, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2010, s. 834-844.

**⚡ TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKININ
SINIRLILIĞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**
(A CONSIDERATION ON THE LIMITEDNESS OF THE RIGHT TO HOLD
MEETINGS AND DEMONSTRATION MARCHES)

Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük * **

ÖZ

Anayasa hukuku öğretisinde hak ve özgürlüğün “sınırlılığı” ile “sınırlanması” kavramları farklı anlamlara gelir. “Sınırlama” hâlinde hak ve özgürlüğün güvence alanına dışarıdan girilerek bu alan daraltılırken; “sınırlılık” hak ve özgürlüğün kendisinden ileri gelir. Söz konusu çalışmada evvela hak ve özgürlüklerin “sınırlılığı” kavramını açıklayan görüşler tahlil edilecektir. Anılan bu incelemeden sonra toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “sınırlılığı” meselesi ele alınacaktır. Bu bağlamda toplantı ve gösteri yürüyüşünün “saldırısız” ve “silahsız” olması gerektiği hususu ile ne anlatılmak istendiği öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları ışığında analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, Silahsız, Saldırısız*

ABSTRACT

In the doctrine of constitutional law, the concepts of “limitedness” and the “restrictions” of rights and freedoms have different meanings. In the case of “restriction”, the area guaranteed by right and freedom is interfered from outside and this area is narrowed; “limitedness” come from rights and freedoms themselves. In this study, firstly, the views explaining the concept of “limitedness” of rights and freedoms will be examined. After this examination, the issue of “limitedness” of the right to hold meetings and demonstration marches will be discussed. In this context, what is meant by the issue that the meeting and demonstration march should be

[⚡] Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 28.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 01.03.2022. Onaylanma Tarihi: 28.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3876-9985.

Esere Atıf Şekli: Tevfik Sönmez Küçük, “*Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlılığı Üzerine Bir Değerlendirme*”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.263-302.

“peaceful” and “unarmed” will be analysed in the light of the views in the doctrine and judicial decisions.

Keywords: *The Right to Hold Meetings and Demonstration Marches, Unarmed, Peaceful*

I. Giriş

Anayasal olarak güvence altına alınmış olan “demokratik toplum düzeni” kavramı birçok farklı bileşenden meydana gelmektedir. Bu noktada toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özel bir önem arz ettiği, demokratik toplumun temel değerlerinden biri olarak değerlendirilmesi gerektiği, kişilerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelme olanağı veren bir temel hak olarak nitelendirildiği söylenebilir¹. Sadece kolektif bir şekilde kullanılabilen ve düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti reddeden araç ve mekanizmalarla görüşlerini ortaya koyma olanağını sağlayan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, çoğulcu demokratik rejimler açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Nitekim bu hak sayesinde uygulamada farklı görüşlerin dile getirilmesi, korunması ve yayılması sağlanmış olur².

Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut siyasi düzene karşı çıkan ve barışçıl araçlar kullanılarak gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin, toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla ifade edilmesine olanak verilmesi gerekir³. Benzer yönde bir tespitte bulunan Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre de ifade hürriyetinin toplu kullanımına ilişkin ortaya çıkan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı çoğulcu demokratik toplum için gerekli bir temel araçtır. Hakkın, farklı karşıt görüşlerin ortaya konmasına ve yurttaşların siyasi kararların oluşumuna etki

¹ Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2013/3924, 6/1/2015, § 115; Osman Erbil Başvurusu, AYM, 2013/2394, 25/3/2015, § 45; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2014/920, 25/5/2017, § 79; Dilan Ögüz Canan Başvurusu, AYM, 2014/20411, 30/11/2017, § 36; Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2017/32534, 21/1/2021, § 42.

² Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, § 115; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, § 79; Dilan Ögüz Canan Başvurusu, § 36; Ömer Faruk Akyüz Başvurusu, AYM, 2015/9247, 4/4/2018, § 53; Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2017/15845, 21/1/2021, § 52; Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, § 42; Selahattin Demirtaş Başvurusu (9), AYM, 2017/28948, 15/6/2021, § 41.

³ Gün ve Diğerleri/Türkiye Kararı, İHAM, 8029/07, 18/6/2013, § 70. Makalede ifade edilen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

edebilmesine imkân verdiği için demokratik düzeninin oluşturulmasında işlevsel bir rol üstlendiği kabul edilir⁴. Bu hak, siyasal yaşamın en etkili araçlarından biridir⁵. Türk Anayasa Mahkemesine göre de ifade özgürlüğünün özel görünümü mahiyetindeki toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ifade özgürlüğü ekseninde ele alınmasında fayda vardır. İfade hürriyetinin çoğulcu demokratik rejimler için anlamı toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı açısından da geçerli olmalıdır⁶.

Tıpkı ifade özgürlüğü gibi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı da yalnızca toplumun geneli tarafından kabul gören fikirlerin dile getirilebilmesini sağlamakla kalmaz. Bu bağlamda toplumun genelini rahatsız ve şoke eden, belli bir ölçüde kamuoyunun tepkisini çeken konular hakkında da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilir⁷. Türk Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi toplumsal çoğulculuk ancak farklı görüşlerin ortaya konabildiği bir tartışma ikliminde sağlanabilir. Çoğulcu demokrasinin temel ayırıcı unsurlarından birini, özellikle toplumun genelini ilgilendiren konuların diyalog yoluyla ve şiddeti reddeden mekanizmalarla çözüme

⁴ Helge Sodan, Artikel 8, in Helge Sodan (Hrsg.), **Beck'scher Kompakt-Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2009, § 1, s. 102. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile ifade özgürlüğü arasında doğrudan bir ilişki vardır. Ingo von Münch, **Grundbegriffe des Staatsrechts I**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1979, s. 198.

⁵ Cevat Geray, "Türkiye'de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi", **AÜSBFD**, C. 14, S. 4, 1959, s. 100.

⁶ **Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu**, § 115; **Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu**, § 72; **Dilan Ögüz Canan Başvurusu**, § 34; **Ömer Faruk Akyüz Başvurusu**, § 52; **Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu**, § 43; **Selahattin Demirtaş Başvurusu (9)**, § 42. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, kolektif niteliği olan bir bireysel haktır. İHAM da kişisel gösterileri toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ekseninde değil, ifade hürriyeti çerçevesinde ele almıştır. Olgun Akbulut, "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri", in Sibel İnceoğlu (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, Ekim 2013, s. 383-384. Toplu kullanım, hakkın ifade hürriyetinden ayrılması bakımından da önem taşır. Ziya Çağa Tanyar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", **AÜHFD**, C. 60, S. 3, 2011, s. 602.

⁷ **Ferhat Üstündağ Başvurusu**, AYM, 2014/15428, 17/7/2018, § 33; **Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadağ Başvurusu**, AYM, 2015/10676, 26/12/2018, § 42; **Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu**, § 44; benzer yönde bkz. **Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İlerinden/Bulgaristan Kararı**, İHAM, 29221/95 ve 29225/95, 2/1/2002, § 86. Bu aşamada İHAM, çoğulculuğun, hoşgörünün ve başkalarının fikir ve inançlarına saygı gösterilmesinin demokratik bir toplumun temel özelliklerinden olduğunu belirtmiş, bir siyasi rejimde azınlıkta kalanların görüşlerinin çoğunlukta olan görüşe karşı korunması ve çoğunluğun mevcut yetkilerini kötüye kullanmasının engellenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. **Handyside/Birleşik Krallık Kararı**, İHAM, 5493/72, 7/12/1976, § 49.

kavuşturulabilmesi teşkil etmektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullananların ileri sürdüğü düşünceler, bu konuda aynı fikirde olmayan kişileri rahatsız edebilir, hatta tepkilerini bile çekebilir. Fakat çoğulcu demokratik ortamın gerçekleştirilmesi için dikkate alınması gereken temel husus, hakkın barışçıl şekilde kullanılmasını güvence altına almaktır⁸. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının demokratik katılımı sağlama işlevi de göz ardı edilmemelidir. Bu hak sayesinde farklı görüşler etkili biçimde kamuoyuna duyurulmuş, siyasal kararların oluşumu sürecine etki etme olanağı kazanılmış olur. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin hangi amaçla yapıldığının bir önemi bulunmasa da siyasal veya kamusal meseleler gündeme geldiğinde, hakka ilişkin gerçekleştirilecek müdahalelerin daha dar şekilde yorumlanması gerekir⁹. Bu görüş çoğulcu demokrasinin de bir gereğidir.

Görüldüğü gibi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı koruma altına alınmaksızın demokratik ve çoğulcu bir ortamın olduğundan bahsedilemez. Ancak, bu durum, söz konusu hakkın mutlak bir güvence alanına sahip olduğu anlamına gelmez. Temel haklar belli bir alanda hüküm ve sonuç doğurur ve bu tespit toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından da evleviyetle geçerlidir. İşte, bu çalışma kapsamında toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlılığı kavramı tahlil edilecektir. Öncelikle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığını açıklayan teoriler üzerinde durulacaktır. Anılan teoriler detaylı bir şekilde ortaya konduktan sonra toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlılığı konusunun incelenmesine geçilecektir. Birçok anayasada açıkça düzenlenmiş olan “saldırızsızlık” ve “silahsızlık” şartları (hakkın şiddete başvurmaksızın barışçıl biçimde kullanılması) toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlılığı kavramını açıklamaktadır. Çalışmada ilk olarak bir etkinliğin nasıl ve hangi şartlarda “saldırlı” hâle geldiği belirlenecektir. Bu incelemeden sonra dar ve geniş anlamda “silah” kavramına hangi araçların dâhil olduğu, gösterinin ne zaman “silahlı” sayılması gerektiği tespit edilecektir. Çalışmada ele alınan tüm bu konular

⁸ Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadaş Başvurusu, § 34; Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, § 45.

⁹ Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, § 115; Osman Erbil Başvurusu, § 45; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, § 79; Dilan Ögüz Canan Başvurusu, § 36; Ömer Faruk Akyüz Başvurusu, § 53. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve ifade özgürlüğü çoğulcu demokrasinin etkin işlemesi için olmazsa olmazdır. Her iki hak kategorisi de farklı düşüncelerin dile getirileceği ve yayılacağı bir ortamı güvence altına alır. Bu hak ve özgürlükler geniş halk kitlelerinin siyasal kararların oluşumu sürecine katılımını sağlayarak özellikle parlamenter rejimlerde hükümetin siyasal sorumluluğunun harekete geçirilmesine imkân verir. Ziya Çağa Tanyar, a.g.e., 598.

karşılaştırmalı hukukta yürütülen tartışmalar ve yargı kararları ışığında değerlendirilecektir.

II. Hak ve Özgürlüklerin Sınırlılığı

Çalışmanın konusunu teşkil eden toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlılığını ve bu çerçevede yapılan tartışmaları incelemeden evvel öğretilerde hak ve özgürlüklerin sınırlılığı ile ilgili öne sürülen farklı fikirlerin tahlil edilmesinde yarar vardır. Öncelikle bir hususun altı çizilmelidir: Anayasa hukuku öğretisinde hak ve özgürlüklerin “sınırlılığı” ile “sınırlanması” kavramları farklı anlamlara gelir¹⁰. Gerçekten, “sınırlama” durumunda, hak ve hürriyetin teminat altına aldığı alana dışarıdan girilerek bu alanın daraltılması söz konusudur¹¹. Ancak, “sınırlılık”, hak ve özgürlüğün kendisinden ileri gelir. “Sınırlılık” hâlinde yasa yapıcı tarafından ayrıca bir düzenleme yapılması “açıklayıcı” mahiyet taşır ve hakkın koruma alanında herhangi bir şekilde daralmaya yol açmaz¹². Bu çalışma, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına değil, sınırlılığına özgülenmiştir. Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, öğretilerde hak ve özgürlüklerin “sınırlılığı” hakkında “içkin sınırlar” ve “nesnel (objektif) sınırlar” teorilerinin kullanıldığı fark edilir.

1. İçkin Sınırlar Teorisi

Söz konusu teori gereğince her hak ve hürriyetin doğasından kaynaklanan “içkin sınırları” vardır ve anılan sınırlar ilgili hakta zaten mevcuttur. Hak ve hürriyetin sınırlandırılmadığı, aksine sınırlı bir şekilde doğduğu, sınırların öteden beri bulunduğu kabul edilir¹³. Başka bir anlatımla içkin sınırlar teorisine göre her hak ve hürriyete mündemiç olan bazı sınırlar vardır. Bu tanımdan hareket ederek, içkin sınırlar teorisi, “eşyanın tabiatından kaynaklanan sınırlar” olarak da tanımlanmıştır¹⁴. Hakka içkin olan sınırların ifade edilmesi için anayasa veya yasa koyucu tarafından bir düzenleme yapılmasına lüzum yoktur. Ne var ki, bu husus, içkin sınırların

¹⁰ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim 2017, s. 211; Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **AÜSBFD**, C. 57, S. 2, Nisan-Haziran 2002, s. 22; Arda Atakan, “Friedrich Müller’in “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **MÜHF – HAD**, C. 16, S. 3-4, 2010, s. 7.

¹¹ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 22-23.

¹² Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 212; Yusuf Şevki Hakyemez, **a.g.e.**, s. 22; Arda Atakan, **a.g.e.**, s. 7-8.

¹³ Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 33; Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 213.

¹⁴ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 213.

ayrıca belirtilmesinin yasaklandığı anlamına da gelmez. Bahse konu sınırların anayasal veya yasal düzeyde kurala bağlanması “içkin sınırların pozitifleştirilmesi” anlamını taşır. Bu düzenleme, hakkın güvence alanında bir daraltma yaratmayacağından “kurucu” değil, “bildirici” bir nitelik taşır¹⁵. Eşyanın tabiatından kaynaklanan sınırların pozitif hukukun konusu yapılmasının bir eylemin içkin sınır kapsamında olup olmadığına ilişkin yaşanacak tartışmaları önleyeceği ise kuşkusuzdur¹⁶.

İçkin sınırların her hak ve hürriyet açısından ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği, bu konuda her hak ve özgürlük için geçerli olan genel bir içkin sınırın bulunmadığı ileri sürülmüştür. Çünkü içkin sınırların belli bir hakkın doğasından ileri geldiği, hangi hakkın yapısından kaynaklanıyorsa sadece o hak için geçerli olduğu iddia edilmiştir. Bu görüşe göre her hak ve özgürlük bakımından uygulama alanı bulacak, “eşyanın tabiatından kaynaklanan” bir sınır oluşturabilmek için zorunlu olarak genel bir “durumu” dikkate almak gerekir ki, bu husus, “devlet” veya “toplum” kavramına tekabül eder. Bu

¹⁵ Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 33; Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 213. İçkin sınırların pozitif hukukun parçası yapılmasında verilecek örneklerden birini Anayasa md. 34’te belirtilen toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı teşkil eder. Bu hükümde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “silahsız” ve “saldırısız” olması gerektiği esasları ifade edilmiş ve eşyanın tabiatından kaynaklanan “içkin sınırlar” öngörülerek pozitif hukuka dâhil edilmiştir.

¹⁶ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 213-214. Hak ve hürriyetlerin “sınırlılığı” bağlamında Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da içkin sınırlar teorisinin kabul edildiği görülür. Anayasa Mahkemesince 4.7.2013’te verilen kararda şu ifadelerin kullanıldığı görülür. “... [H]ak ve özgürlükler ancak Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Ancak bu, düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların tamamının mutlak olduğunu ve bu hakların hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı anlamını taşımamaktadır. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da belirtildiği gibi **temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu** gibi Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin **kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa’nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi** gerekir [Koyu renk vurgu bana aittir.]”. **AYMK**, E. 2012/100, K. 2013/84, 4.7.2013. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen başka bir kararın karşı oyunda da benzer yönde gerekçelere yer verildiği görülür. Buna göre “... günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terkedilmiştir. Çağdaş gelişmelere uygun olarak, Anayasamızda da sınırsız ve içeriksiz özgürlük anlayışından uzaklaşarak bir yandan siyasi iktidarı sınırlandıran bir yandan da toplumsal içeriğe ve konuma sahip olan pozitif bir özgürlük anlayışı benimsenmiştir. **İlgili maddelerinde hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmemiş olsa bile, bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bünyelerinde mündemiç bulunduğu kuşkusuzdur** [Koyu renk vurgu bana aittir.]”. **AYMK**, E. 2008/111, K. 2010/22, 28.1.2010 [Haşim Kılıç’ın Karşı Oyu].

ihtimalde ise temel hak ve hürriyetlerin “devletin veya toplumun korunması için sınırlandırılabilmesi” gibi tartışmalı bir görüş gündeme gelir¹⁷. Nitekim genel içkin sınır anlayışı, geçmişte Alman anayasa hukukunda da yaygın olarak savunulmuştur. Şu kadar ki, bu fikir, pozitif anayasa hukukunda yer almayan “genel yasa kaydı” anlayışının ortaya çıkardığı sonuçlara dolaylı bir şekilde ulaşmak anlamına gelir¹⁸. Federal Alman İdare Mahkemesi tarafından 1953 senesinde verilen ve Alman anayasa hukuku öğretisinde sert bir şekilde eleştirilen karar uyarınca temel hak kullanıldığında, toplum için “zorunlu” olarak nitelendirilen hukuki değerler zarar görecektse, buna izin verilmemesi hak kavramının özünde yer alır¹⁹. Bu tespit, her hak ve hürriyet için geçerlidir²⁰. Federal Mahkemeye göre “toplum”, temel haklar açısından adeta bir ön koşuldur ve temel hakları güvenceye kavuşturan “devlet” olarak örgütlenmiş olan varlıktır²¹.

Bu tür bir görüş, hak ve özgürlük kavramını devlet karşısında ikinci plana atmakta ve hak ve özgürlükleri “devlet” ve “toplum” kavramlarına bağlamaktadır. Anılan anlayış, belirsiz olduğu gibi temel hakları teminat altına almaktan uzaktır. Federal Mahkemenin bu içtihadı kabul edilirse, kamu yararı gerekçesiyle temel hakların özüne dahi dokunulabilir²². Kaldı ki, söz konusu görüşün liberal hukuk sistemine ters düşeceği ile ilgili tereddüt yoktur. Bu sistemde insanın devletten önce ortaya çıktığı varsayılır. Gerçekten de insan devlet karşısında arızî bir varlık olarak ele alınır. Bir insanın davranışlarında serbest olması asıl, tutum ve eylemlerinin devlet tarafından yasaklanması arızî, yani istisnaidir. Kişiler zaten “özgür” olduklarından devletin onlara ayrıca özgürlük vermesi gerekmez. İnsanlar kendiliğinden özgürdürler²³. Temel hak ve özgürlükler için genel içkin sınırın olabileceği fikri “Özgürlük asıl, yasaklama istisnadır.” ilkesi gereğince benimsenemez. Şayet içkin genel sınır ile kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak gibi “genel sınırlama sebepleri” anlatılmak isteniyorsa,

¹⁷ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 214.

¹⁸ Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁹ Ulrich Jan Schröder, “Der Schutzbereich der Grundrechte”, **Juristische Arbeitsblätter**, 48. Jg., Heft 9, 2016, s. 646; Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 34; O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 13.

²⁰ Ulrich Jan Schröder, **a.g.e.**, s. 646.

²¹ Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 34.

²² Yusuf Şevki Hakyemez, **a.g.e.**, s. 23.

²³ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması – Kamu Hukukçuları Platformu (29-30 Eylül 2012) – TBB Yayınları**, Ankara, Eylül 2013, s. 81.

bu yorumun Anayasaya aykırı düşeceği söylenebilir. Zira 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile tüm hak ve hürriyetler bakımından geçerli olan “genel sınırlama sebepleri” kaldırılmıştır. İçkin sınırlar teorisinden “genel sınırlama sebepleri” türetmeye çalışmak ise hak ve özgürlüklerin Anayasaya aykırı sınırlandırılmasına yol açar²⁴. Öğretide içkin sınırlar teorisi (belli hakka ilişkin olanlar bile) eleştirilmiş, teorisinin kötüye kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Bu noktada öne sürülen gerekçelerden birini, teorisinin sübjektif bir mahiyete sahip olması, hak ve özgürlüklerin keyfi gerekçeler ortaya atılarak sınırlandırılabilmesi teşkil eder. Daha evvel de işaret edildiği üzere “Hürriyetin varlığı asıl, sınırlandırılması ise istisnadır.”. Hakkın doğasından kaynaklanan sınırlarının olduğuna yönelik şüphe varsa, bunların bulunmadığı kabul edilmelidir²⁵.

2. Nesnel (Objektif) Sınırlar Teorisi

Federal Alman hukuk öğretisinde Friedrich Müller tarafından savunulan “nesnel (objektif) sınırlar” teorisi uyarınca hak ve özgürlüklerin “geçerlilik muhtevalarından” doğan nesnel sınırları bulunur²⁶. Hiçbir temel hakkın sınırsız olmadığı, bu durumun norm alanının nesnel sınırlılığının zorunlu bir sonucu olduğu belirtilmiştir²⁷. Bir temel hakkın “norm alanı”, hakkın kişi bakımından kapsamından, başka bir ifade ile hakkın süjesinden ve konusundan oluşur²⁸. Norm alanının ortaya konması, hak ve özgürlüklerin tanıdığı anayasal güvencenin kapsam ve sınırının belirlenmesi için önem taşımaktadır. Hak ve özgürlükler yalnızca kendi norm alanları üzerinde “normatif koruyucu etki” işlevine sahiptir²⁹. Bu alan dışında kalan tutum ve davranışlar, anayasal güvencenin kapsamında değildir³⁰. Anılan fikre göre her hakkın normatif yapısının doğal bir sonucu olarak belli bir nesnel alanda

²⁴ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 214.

²⁵ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 215.

²⁶ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 216.

²⁷ Friedrich Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 44’ten aktaran Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights** (Trans. by Julian Rivers), Oxford University Press, Oxford-New York, 2004, s. 202; Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 47; Arda Atakan, **a.g.e.**, s. 16; Yusuf Şevki Hakyemez, **a.g.e.**, s. 24.

²⁸ Ulrich Jan Schröder, **a.g.e.**, s. 641.

²⁹ Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 54; Esra Atalay, **Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü**, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1995, s. 94; Y. Metin Özdemir, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, 2014, s. 426.

³⁰ Oktay Uygun, **a.g.e.**, s. 54.

geçerli olduğu varsayılır³¹. Söz konusu teori gereğince hakların açık ya da yazılı olmayan bir sınırlama şartı içermelerine gerek yoktur. Her temel hak, hakkın hukuki mahiyetinden doğan yapısıyla “maddi” olarak sınırlanmıştır³².

Burada önem arz eden asıl husus ise temel hakkın “geçerlilik muhtevasının” nereye kadar uygulama alanı bulacağını tespit etmektir. Bu çerçevede öğretilerde şu görüş ileri sürülmüştür: Hak kullanımı olarak değerlendirilen eylemlerin o temel hakkın “norm alanı” ile olan bağlantı derecesinin belirlenmesi zorunludur. “Norm alanı” ile sadece nesnel bağlantı içinde olan çeşitli hak kullanımları hakkın “geçerlilik alanı” içindedir. Diğer bir anlatım ile normun güvence altına aldığı hak kullanımı, yalnızca norm alanının tanımış olduğu spesifik (özümlü) eylem şekilleridir. Fakat temel hak kullanımı ile sadece dışsal (arızî) bir ilişki içerisinde olan eylem biçimleri, bahse konu hakkın yer aldığı normun “geçerlilik alanı” içinde görülmez³³. “Norm alanı” dışındaki hareketler, hak için bir “yabancı cisim” durumunda olup pozitif hukukun güvence alanına girmez³⁴.

Öğretilerde nesnel sınırlar teorisi için şu örnekler verilmiştir: “Bir ressamın dörtyol ağzında, cadde ortasında sehpasını kurup resim yapmaya kalkması” ya da “bir heykeltıraşın yontacağı eser için tahta çalması” durumunda sanat özgürlüğü koruma görmez, zira hakkın bu şekilde kullanımı (cadde ortasında resim yapmak, heykel için tahta çalmak), “sanat özgürlüğünün spesifik olmayan, dolayısıyla norm alanı dışında kalan kullanım biçimleridir.”³⁵. Ayrıca, Federal Alman hukukunda norm alanının bünyesindeki “spesifik” eylem biçimleri ile ilgili olarak şu tespitite bulunulmuştur: Hakkın kullanım şekli “değiştirilebilir” mahiyette ise, yani “norm alanı” içinde eşit ölçüde etkili, alternatif bir kullanım biçimi yer almaktaysa, hak kullanımını, norm alanının sağladığı “spesifik” eylem şekli olarak görmemek gerekir³⁶. Bir ressamın, cadde ortası dışında başka bir alanda resim yapması veya heykeltıraşın gerekli malzemeyi çalmadan

³¹ Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 47.

³² Friedrich Müller, **a.g.e.**, s. 32, 40, 50’den aktaran Robert Alexy, **a.g.e.**, s. 202; Arda Atakan, **a.g.e.**, s. 16.

³³ Friedrich Müller, **a.g.e.**, s. 73, 74, 75, 88, 93, 94, 96’dan Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 49-50; Oktay Uygun, **a.g.e.**, s. 55.

³⁴ Tijen Dündar Sezen, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, 2014, s. 382.

³⁵ Fazıl Sağlam, **a.g.e.**, s. 50-51; Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 216.

³⁶ Friedrich Müller, **a.g.e.**, s. 101’den aktaran Robert Alexy, **a.g.e.**, s. 203; Arda Atakan, **a.g.e.**, s. 17.

heykelini yontması mümkün olduğu için bu eylemler hakkın tanıdığı “norm alanı” dışında kalır. Bu hareketleri yasaklamak için anayasal düzeyde bir değişiklik yapılmasına gerek yoktur³⁷. Öyle ki, daha önce açıklandığı gibi Anayasada bu konuda yapılacak düzenlemeler “açıklayıcı” bir nitelik arz eder.

Nesnel sınırlar teorisinin uygulama alanı, içkin sınırlar teorisine göre daha belirgin olsa da bu durum söz konusu teorisinin eleştiriye açık olmadığı anlamına gelmez. Öncelikle, nesnel sınırlar teorisinde kullanılan “norm alanı”, “temel hakkın geçerlilik alanı” gibi ifadelerin açık ve anlaşılır olmadığı, bu kavramlarla ne kastedildiğinin her bir somut olayda açıklanması gerektiğinin altı çizilmelidir³⁸. Başka bir ifade ile temel hakkın farklı kullanım şekillerinin “norm alanı” açısından “özümlü (spesifik)” kabul edilebilmesi için hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği somut olarak tespit edilmemiştir. Ayrıca, temel hakkın “geçerlilik muhtevası” tanımlansa bile bu içeriğin başka bir temel hak ya da anayasal hükümle çatışabileceği göz ardı edilmemelidir³⁹. Bu çerçevede ifade edilen bir diğer eleştiri nesnel sınırlar teorisinin bazı hak ve hürriyetler için uygulanamayacağıdır. Bu görüşe göre teorisinin kişi dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği ve özel hayatın gizliliği hakkı için “elverişli” olmadığı⁴⁰; ifade, sanat özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi hak ve özgürlükler açısından anlam taşıdığıdır.

Norm alanının güvence altına aldığı “spesifik eylem biçimi” kavramını yukarıda belirtilen “değiştirilebilir olma” kavramı ile açıklamak da eleştiriye açıktır. Daha evvel işaret edildiği üzere norm alanında kalan etkili, alternatif başka hak kullanım şekli yer almaktaysa, bu hak kullanımını norm alanının tanıdığı “spesifik” eylem olarak görmemek gerekir. Fakat nesnel sınırlar teorisinin dayanağını oluşturan bu fikre öğretilere karşı çıkmıştır. Şöyle ki, “norm alanı” dışında olan eylem şekline örnek olarak gösterilen “cadde ortasında resim yapmak” eylemindeki yolun trafiğe kapalı olduğunu, burada resim yapmanın kimseyi rahatsız etmeyeceğini, yani eylemin anayasal güvence dışında bırakılabilmesi için haklı ve makul bir neden bulunmadığı varsayılın. Bu şartlar altında bile “cadde ortasında resim yapmak” norm alanında kalan tipik bir eylem olarak öngörülmez ve resim yapılabilecek faaliyet alanının (cadde ortasının) “değiştirilebilir” olduğu ileri sürülerek söz konusu hareketin anayasal korumadan muaf bırakılması

³⁷ Tijen Dünder Sezen, **a.g.e.**, s. 382.

³⁸ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 217.

³⁹ O. Korkut Kanadoğlu, **a.g.e.**, s. 12; Tijen Dünder Sezen, **a.g.e.**, s. 426.

⁴⁰ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 217.

haklı görülürse, bu durumda eylemin sırf başka bir zamanda, başka bir yerde ve başka bir şekilde icra edilmesi mümkün olduğu için “norm alanı” dışında kalması gibi tartışmalı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Somut olayın doğurduğu şartları hesaba katmaksızın gerçekleştirilen bu tespitin, hak sahibinin anayasal hak ve özgürlüklerini nasıl kullanacağı konusundaki karar ve takdir hakkını ortadan kaldıracığı söylenebilir⁴¹.

Ayrıca, nesnel alanlar teorisinin yukarıda ifade edilen örnekler çerçevesindeki uygulaması bile başlı başına tartışmaya açıktır. Örneğin, bir ressamın dörtyol ağzında sehpasını kurarak resim yapması olayını düşünelim. Sanat hürriyetinin “norm alanı” dışında kaldığı savunulan bu örnekte dahi “sınırlılığın” mı, yoksa “sınırlamanın” mı bulunduğunu tespit etmek kolay olmayabilir. Eğer ressamın binayı belli bir açıdan resmetmesi gerekmektedirse, yol ağzında durması artık zorunludur. Bu durumda artık “norm alanı” tartışması yapılamaz. Çünkü bu eylem biçimi sanat özgürlüğünün “geçerlilik alanı” içinde kalır. Bu tür bir eylemin sanat hürriyeti kapsamında kaldığını kabul edip söz konusu özgürlüğün sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığını, şayet soruya olumlu cevap verilirse, sınırlandırmanın nasıl yapılacağını ortaya koymak gerekir. Böylelikle, her somut olayda birtakım istisnai durumların var olabileceği kabul edilerek, “norm alanı” hakkında genel geçer söylemlerden kaçınılması önerilmiştir⁴². Kaldı ki, hakkın sağladığı güvence alanını, aynı eylemler için farklı nitelendirmek hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerini de ihlal eder⁴³.

Bu bağlamda ifade edilmesi gereken bir diğer eleştiri, hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa koyucu tarafından belirlenen sınırların “kurucu” mahiyet taşıdığı, yani ilgili hak ve özgürlük için hangi sınırlar tayin edilmişse, hak ve özgürlüğün sadece bunlarla “sınırlı” olduğudur. Bu sebeple, bir hükümde açıkça kabul edilenler dışında “norm alanı” veya “hakkın geçerlilik muhtevası” gibi gerekçelerle yeni sınırlar türetilmemesi gerektiği savunulmuştur⁴⁴. Ayrıca, içkin sınırlar teorisine yapılan eleştirinin nesnel sınırlar teorisi için de geçerli olduğu tartışmasızdır. Şayet “norm alanı” ile kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, genel sağlık gibi “genel sınırlama sebepleri” anlatılmak isteniyorsa, bu fikrin Anayasaya aykırı düşeceği belirtilmelidir. Zira 2001 Anayasa değişikliği ile hak ve hürriyetler açısından geçerli olan “genel sınırlama sebepleri” kaldırılmıştır. Norm alanından “genel sınırlama sebepleri” türetmeye çalışmak hak ve

⁴¹ Robert Alexy, **a.g.e.**, s. 205; Arda Atakan, **a.g.e.**, s. 21.

⁴² Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 217-218.

⁴³ Arda Atakan, **a.g.e.**, s. 26.

⁴⁴ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 218.

özgürlüklerin Anayasaya aykırı sınırlandırılmasına yol açar. Fakat buna rağmen öğretilerde bazı tartışmalı görüşler de öne sürülmüştür. Buna göre tehlikeli ve salgın hastalık döneminde bir alanın karantinaya alınması hukuken mümkündür. Çünkü bu fikre göre karantinaya alınan bölgeye girmek, yerleşme ve seyahat hürriyetinin “norm alanı” ile “spesifik (özgül)” bağlantıda olmayan, bu alan ile “dışsal” ve tesadüfi ilişkide kalan bir kullanım biçimidir. Benzer yönde bir tespitin, karantina alanında düzenlenmek istenen toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından da geçerli olduğu iddia edilmiştir⁴⁵. Oysa bu görüş Anayasada yer almayan (yerleşme ve seyahat özgürlüğü açısından) bir sınırlama nedenini (genel sağlık) dikkate alarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması anlamına geleceğinden kabul edilemez. Burada artık “norm alanı” kavramına başvurmamak gerekir. Ancak, bu durum, hak ve özgürlüklerin sistematik olarak birbirleri ve diğer anayasal hükümlerle sınırlı oldukları gerçeğini değiştirmez⁴⁶. Anayasanın bütünlüğü ilkesinin gereği olarak diğer hak ve özgürlükler ve anayasal değerler arasında bir tartım yapılmalı, sadece ilgili hak ve özgürlüğü göz önünde bulunduran bakış açısı terk edilerek, anayasal hükümler belli bir sistematik içinde bütünsel bakış açısıyla yorumlanmalıdır⁴⁷.

⁴⁵ Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, C. 18, https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fsaglam.pdf, Son Erişim: 10 Ocak 2022; Tijen Dünder Sezen, **a.g.e.**, s. 383-384.

⁴⁶ Bu yönde bkz. Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 6, S. 12, Güz 2007/2 s. 47.

⁴⁷ Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları- 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması-Kamu Hukukçuları Platformu (29-30 Eylül 2022)** – TBB Yayınları, Ankara, Eylül 2013, s. 130. Anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunmadığından, bir norm diğerine aykırı olamaz. Bu nedenle, Anayasa çelişkiye sebebiyet vermeyecek bir biçimde yorumlanmalıdır. Bu görüş Anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmelidir. Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 18, 2002, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/939124>, Son Erişim: 10 Ocak 2022. Gerçekten, bu ilke çerçevesinde bir Anayasa normu, diğer Anayasa normları ve Anayasanın temel tercihleriyle çatışma oluşturmayacak biçimde yorumlanmalıdır. Bu yorum şekli Anayasanın birbirini anlamlı şekilde tamamlayan “normlar bütünü” olarak ele alınmasını zorunlu kılar. Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenen bu görüş gereğince anayasal çatışmaların birbirleriyle uyumlu hâle getirilmesi gerekir. Friedrich Müller, **Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**, Çeviren: Fazıl Sağlam, Bertil Emrah *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

Öğretide, nesnel sınırlar teorisinin tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık olan durumlar dışında sübjektif bir mahiyet taşıdığı, özellikle de sınırlama sebebinin bulunmadığı haklara ilişkin gerçekleştirilen müdahalelerin diğer temel haklara ve anayasal hükümlere dayandırılmasının daha güvenceli bir usul olduğu savunulmuştur⁴⁸. Benzer bir yorumun, İHAM tarafından benimsendiği görülür. Gerçekten de Mahkeme'ye göre çatışan haklar ekseninde devletin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) md. 1'den ileri gelen bütün hakları güvence altına alma yükümlülüğünün zımni bir sınır teşkil ettiğini kabul etmek gerekir⁴⁹.

Nesnel sınırlar teorisine ilişkin son eleştiri ise teorinin metodolojik mahiyetine yöneliktir. Bu görüşe göre “norm alanı”, normla ilgili olsa dahi bu kavram nihayetinde normun dışında kalan bir esas olarak ortaya çıkar. “Norm alanı” ile ilgili ortaya konan önermelerin normatif değil, aksine olgusal ve ampirik olduğu belirtilmiştir. Başka bir anlatımla olgulardan ve somut olaydan hareket ederek neyin yasaklandığı ya da neye izin verildiği tespit edilir. Burada artık norma değil, olgusal unsurlara ve uygulamaya bakılarak karar verilir. Bir norm, düzenlendiği metinden ziyade olgular çerçevesinde ele alınır. Ne var ki, ampirik unsurların göz önünde bulundurulduğu bu yaklaşım bir “yorum” olarak esas alınmamalıdır. Zira bir hukuk normunu, normdan bağımsız şekilde yalnızca ampirik olgulara göre yorumlamak mümkün değildir⁵⁰.

III. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlılığı

Toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi etkinliklerin “silahsız” ve “saldırısız” olması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının nesnel sınırını teşkil eder⁵¹. Her ne kadar bu ifadelerin pozitif hukukun parçası yapılmasına gerek

Oder, O. Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Yayına Hazırlayan: Fazıl Sağlam, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2009, s. 41.

⁴⁸ Tijen Dünder Sezen, **a.g.e.**, s. 401.

⁴⁹ İHAM'ın söz konusu yaklaşımı için bkz. Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 7, 2020, dipnot 62, s. 69-70.

⁵⁰ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 218-219.

⁵¹ Esra Atalay, **a.g.e.**, s. 94. Etkinliğin “silahsız ve saldırısız” olması hakkın güvence alanının gereği olup “sınırlama nedeni” olarak değerlendirilemez. Otto Depenheuer, Artikel 8, in Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), **Grundgesetz-Kommentar**, Band I, C. H. Beck Verlag, 95. Lieferung, München, Juli 2021, § 78. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” dışında görülen bu eylemler bir sınırlandırma sebebi olmadığı gibi bunların anayasal düzeyde anılması hakkın güvence alanının belirlenmesinde “kurucu” bir işlev üstlenmez.

olmasa da toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için bu esasa uyulmadığı, hakkın sınırlılığının ayrıca ve açıkça kurula bağlandığı görülür⁵². Örneğin, 1982 Anayasasının 34. maddesinin 1. fıkrasına göre herkes önceden izin almadan silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilir. Benzer düzenlemeler diğer anayasalarda da yer alır. Bu noktada Belçika Anayasası md. 26, Bulgaristan Anayasası md. 43, İtalyan Anayasası md. 17, Litvanya Anayasası md. 36, Lüksemburg Anayasası md. 25, Portekiz Anayasası md. 45 ve Yunanistan Anayasası md. 11 örnek gösterilebilir⁵³. Bununla birlikte, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) md. 20, İHAS md. 11’de “silahsız ve saldırısız” yerine “barışçıl” kavramı yer alır. Türk Anayasa Mahkemesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile ilgili kararları incelendiğinde, bu ifadeler arasında anlamsal bir farklılığın bulunmadığı anlaşılır⁵⁴. Çalışmada, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlılığı çerçevesinde “saldırısızlık” ve “silahsızlık” kavramları karşılaştırmalı hukukta ileri sürülen farklı görüşler ve yargı kararları ışığında ele alınacaktır.

1. “Saldırısızlık”

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlılığı ile ilgili ifade edilen ilk koşul, eylemciler tarafından yapılan etkinliğin “saldırısız” olmasıdır. Ancak, “saldırısızlık” kavramını açıklamadan önce şu husus vurgulanmalıdır:

⁵² Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” dışında kalan eylemlerin (“silahsızlık ve saldırısızlık”) hukuki metinlerde ayrıca ve açıkça belirtilmesinin gerekçesi olarak ise şu görüş ileri sürülmüştür: Söz konusu hakkın ortaya çıktığı dönemde kişiler, siyasi iktidara karşı talep ve şikâyetlerini genellikle silahlı ayaklanmalarla dile getirmişlerdir. Bu dönemde politik bir toplantı denildiğinde, bu etkinliğin silah, cebir ve zorla yapılacağı izlenimi uyanmaktaydı. Bu sebeple, toplantı ve gösteri yürüyüşünün “silahsız ve saldırısız” olmasının açıkça anılması ihtiyacının doğduğu iddia edilmiştir. 18. ve 19. yüzyıl anayasalarının neredeyse tümünde yer alan bu ifadeler, geçtiğimiz yüzyıl kaleme alınmış anayasalarda da kendilerine yer bulmuştur. Fakat yukarıda açıklandığı gibi bu ifadelerin anayasada düzenlenmesinin hukuken bir işlevi yoktur. Zira hak ve özgürlüğün niteliğinden ileri gelen, eşyanın tabiatında mevcut olan sınırlarının bulunduğu kabul edilir. Bir etkinliğin “silahlı” ve “saldırılı” olmasının bu sınırların dışında kaldığı konusunda şüphe olmadığından bunların ayrıca ifade edilmesine gerek yoktur. Ömer Anayurt, **Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 114-115; aynı yönde bkz. Ali İşgören, **Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 111.

⁵³ Bu anayasalar için bkz. www.verfassung.eu, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

⁵⁴ Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Eylül 2013, s. 39; Bezar Eylem Ekinci, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı”, **AÜHFD**, C. 68, S. 4, 2019, s. 759. Alman hukukunda toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “barışçıl” ve “saldırısız” olması gerektiği ifade edilerek; “barışçıl” kavramı “saldırısızlık” ile eş anlamlı kullanılmıştır.

Toplantı ve gösteriler belli ölçüde karmaşaya yol açan ve yapıları gereği “rahatsız edici” olan etkinliklerdir⁵⁵. Her ne kadar toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ön koşulunu “saldırısızlık” oluştursa da bu durum, hakkın kullanımı aşamasında kamu otoriterleri ya da üçüncü kişiler bakımından hiçbir sorunun doğmaması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının üçüncü kişilerin faaliyetlerini engelleyebileceği, toplumun belli bir kesimi üzerinde öfke uyandırabileceği göz ardı edilmemelidir⁵⁶. Burada yadırganacak bir husus yoktur; bu eylemler hakkın doğal sonucudur. İHAM’a göre kamusal alanda gerçekleştirilen her gösteri ister istemez küçük karmaşalara neden olur. Bu etkinlikler şiddet kullanımı içermediği müddetçe kamu düzeni için tehlike boyutuna erişmeyen hareketlere kamu makamlarınca belli bir nispette hoşgörü gösterilmesi beklenir⁵⁷. İHAM da trafik düzenini bozmayı, bir süreliğine günlük yaşamı etkilemeyi, hakkın “norm alanı” içinde kalan hareketler olarak değerlendirir. Bu tutum ve davranışlar, şiddet kullanımı veya müdahaleyi haklı kılacak “rahatsızlık” olarak kabul edilemez⁵⁸. Etkinlik sırasında meydana gelen her kargaşa, gösterinin “saldırılı” olduğunu, “barışçıl” niteliğini kaybettiğini göstermez. “Katlanılabilir” ölçüde kaos, hakka içkindir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin “saldırısız” olması gerektiği açıkça düzenlenmiş, fakat “saldırısızlık” koşulu ile ne anlatılmak istendiği anayasal düzeyde hükme bağlanmamış, kavramın anlamsal içeriğinin şekillendirilmesi kanun koyucunun yetkisine bırakılmıştır⁵⁹. Bununla birlikte, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda (TGYK)⁶⁰ “saldırısızlık” kavramı veya eylemlerin hangi hâllerde “saldırgan” nitelik arz edeceği belirlenmemiştir. Benzer bir tespit, diğer ülkeler açısından da

⁵⁵ Olgun Akbulut, *a.g.e.*, s. 392; Ulaş Karan, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 570. Kamuya açık alanlarda yapılacak her türlü gösterinin hayatın olağan akışında belli oranda karışıklığa sebebiyet vermesi ve geniş halk kitleleri nezdinde olumsuz tepkilere yol açması kaçınılmaz bir durumdur. **Berladir ve Diğerleri/Rusya Kararı**, İHAM, 34202/06, 10/7/2012, § 38; **Disk ve Kesk/Türkiye Kararı**, İHAM, 38676/08, 29/4/2013, § 29.

⁵⁶ Bu konuda bkz. H. Gökçe Zabunoğlu, “AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, **AÜHFD**, C. 66, S. 3, 2017, s. 633.

⁵⁷ **Bukta ve Diğerleri/Rusya Kararı**, İHAM, 25691/04, 17/10/2007, § 37.

⁵⁸ **Oya Ataman/Türkiye Kararı**, İHAM, 74552/01, 5/3/2007, § 39-41.

⁵⁹ Esra Atalay, *a.g.e.*, s. 95.

⁶⁰ Kanun Numarası: 2911, Kabul Tarihi: 6/10/1983, Yayımlandığı Resmî Gazete: 8/10/1983, 18185.

yapılabilir. Bu sebeple, söz konusu kavramın anlamının ortaya konması sürecinde öğretide öne sürülen görüşler ve yargı kararları işlevsel bir rol oynar.

Bir etkinlikte şiddet kullanılması durumunda barış ve sükûnet içinde olan, “saldırı” bir gösteriden artık bahsedilemeyeceği iddia edilmiştir⁶¹. “Şiddet” ile özellikle kişilere ya da eşyalara yönelen aktif ve belli bir yoğunluğa erişen fiziksel kuvvet kullanımı kastedilmektedir⁶². Öğretide, ceza kanunlarında “suç” olarak tasvir edilen fiillerin icra edildiği etkinliklerin “saldırlı”, bunların dışındakilerin ise “saldırı” olduğu savunulmuştur⁶³. Etkinlik, amacı veya gerçekleştirilme şekli ile vücut bütünlüğüne, yaşama, hürriyete, üçüncü kişilerin korunan hukuki menfaatine ve kamuya karşı bir suçun işlenmesine veya suça teşebbüse yol açmadıkça “saldırlı” nitelik taşımaz⁶⁴. Buna karşılık, öğretide ceza kanununa her aykırılığın otomatik olarak hakkın koruma alanından çıkmak anlamını taşımayacağı da ileri sürülmüştür. Diğer bir anlatımla bu görüşe göre “barışçıl olmama”, “cezalandırılabilir olma” ile özdeş değildir⁶⁵. Alman Anayasa Mahkemesi de “barışçıl” mahiyetin kaybedilmesinin, yani bir etkinliğin “saldırlı” hâle gelmesinin, ceza hukuku alanında geçerli olan “saldırı” kavramı⁶⁶ ile aynı anlamda olmadığına hükmetmiştir⁶⁷.

⁶¹ Hans D. Jarass, Artikel 8, Jarass/Pieroth (Hrsg.), **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, § 8, s. 271; Esra Atalay, **a.g.e.**, s. 95.

⁶² Otto Depenheuer, **a.g.e.**, § 84. Şiddet kullanan eylemciler toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkından yararlanamazlar. Bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rıfat Murat Önok, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, Nisan 2021, s. 569.

⁶³ Esra Atalay, **a.g.e.**, s. 96.

⁶⁴ Wolfram Höfling, Artikel 8, in Michael Sachs (Hrsg.), **Grundgesetz-Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2009, § 28-29, s. 429; Christoph Gusy, Artikel 8, in Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Band II, Franz Vahlen Verlag, 5. Auflage, München, 2005, § 23, s. 810.

⁶⁵ Stefan Ripke, **Europäische Versammlungsfreiheit**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2012, s. 409.

⁶⁶ Alman Ceza Kanunu md. 240: “(1) Her kim, başka kişiyi hukuka aykırı olarak şiddete başvurarak (saldırarak) veya ağır kötülük tehdidi altında bir şey yapmaya, yapmamaya veya bir şeyin yapılmasına tahammül etmeye zorlarsa ... cezalandırılır. (2) Failin hedeflediği amaca erişmek için şiddeti (saldırısı) ya da kötülük yapma tehdidi “kınanabilir” nitelikteyse, fiil hukuka aykırıdır...” <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

⁶⁷ **BVerfGE**, 73, 206, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073206.html>, 10 Ocak 2022, § 86. *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

Etkinliğin “barışçıl” olarak nitelendirilebilmesi için gerçekleştirilme amacının göz önünde bulundurulması yeterli olmayıp aynı zamanda kullanılan araçların da “barışçıl” nitelikte olmasına özen gösterilmelidir⁶⁸. Nitekim “barışçıl” olmayan toplantı ve gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının hukuken bir önemi yoktur⁶⁹. Bir gösterinin “saldırlı” olup olmadığı, etkinliğin genel durumu, göstericilerin istek ve niyetleri, gösteriyi düzenleyenler tarafından hazırlanan çağrı metni ve özellikle toplantıdan önceki açıklamalar ile eylemcilerin kullandıkları araçlar nazara alınarak kararlaştırılır⁷⁰. Türk Anayasa Mahkemesine göre gösteri yürüyüşlerinin belirtilmiş alanlar dışına taşması veya düzenleme kurulu başkan ve üyelerinin toplantı yerinde bulunduğu dair tutanağın teslim edilmemesi veya geç verilmesi dâhil olmak üzere bazı usuli eksikliklerin tamamlanmaması (örn. aniden gerçekleşen bir olaya tepki vermek amacıyla yapılacak etkinlikte bildirim koşulunun sağlanamaması) gösteriyi tek başına “barışçıl” olmaktan çıkarmaz⁷¹. Benzer yönde, kanuna aykırı yapılan

⁶⁸ Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, s. 40-41. İHAM, güvenlik kuvvetlerinin kurduğu barikatların, eylemciler tarafından zor kullanılarak yıkılmasının ve yine gösteri alanında bulunan kolluk personelinin kullandığı gözetleme kulesine zarar verilmesinin toplantı ve gösteri faaliyetinin “barışçıl” niteliğinin kaybedilmesine yol açacağına hükmetmiştir. **Protopapa/Türkiye Kararı**, İHAM, 16084/90, 6/7/2009, § 104-112.

⁶⁹ Olgun Akbulut, **a.g.e.**, s. 383.

⁷⁰ Bkz. Erkan Duymaz, “Gezi Parkı Çıkmazında Demokrasi ve İnsan Hakları”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 4, 2016, s. 276. Alman anayasa hukukunda toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “barışçıl” kullanılıp kullanılmadığının sadece etkinliğin gerçekleştirilme şekline göre değil, aynı zamanda gösteriyi düzenleyenlerin niyetleri ile katılımcıların etkinliğin amacı ve seyri hakkındaki “öngörülebilir” davranışlarına göre tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine bu fikre göre suç işlenmesine yönelik çağrı yapılan veya üçüncü kişilere saldırı girişiminde bulunulan gösteriler de “barışçıl” olmayan etkinliklerdendir. Christoph Kannengießer, Artikel 8, in Hans Hofmann/Axel Hopfauf (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Carl Heymanns Verlag, 11. Auflage, München, 2008, § 4, s. 319.

⁷¹ **Ali Demirci ve Diğerleri Başvurusu**, AYM, 2015/16311, 20/9/2018, § 54. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “barışçıl” nitelik taşıyıp taşımadığını belirlerken hak sùjelerinin amaçlarının da dikkate alınması gerekir. Öğretide iki ölçütün göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Birincisi, etkinlik anına kadar, ikincisi, hakkın kullanımı sırasında sergilenen tutum ve davranışlardır. Bu iki kıstasın, etkinliğin “barışçıl” olup olmadığı konusunda belirleyici olacağı iddia edilmiştir. Bu davranışlar, baştan itibaren ya da etkinliğin belli bir aşamasından sonra şiddet içerirse, bu faaliyetin artık “barışçıl” mahiyetini yitireceği söylenebilir. Olgun Akbulut, **a.g.e.**, s. 383; Berke Özenç, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, **İÜHFİM**, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 106.

etkinliğin de “barışçıl” niteliğini yitirdiği iddia edilemez⁷². “Barışçıl” olmayan, “saldırlı” olarak tarif edilen etkinliklerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” dışında kaldığı ve İHAM’ın “şiddet” içeren etkinliklere karşı gerçekleştirilecek müdahalelere yönelik başvuruları esasa girmeksizin “kabul edilemez” bulduğu belirtilmelidir⁷³. Çalışmanın bu kısmında toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” ekseninde tartışmalı olan bu hareketler ve bunların etkinliği “saldırlı” hâle getirmeye elverişli olup olmadığı tahlil edilecektir.

a. Göstericilerin Bir Kısmının Şiddete Başvurması

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının hukuki mahiyeti açısından devletin yalnızca hakka müdahale etmeme, yani negatif yükümlülüğünün bulunmadığı, ayrıca hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak konusunda pozitif yükümlülüğünün de bulunduğu ifade edilmelidir⁷⁴. Nitekim İHAM’a göre devletin, toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi etkinliklerin barış ve güven ikliminde yapılmasını sağlamak için uygun önlemleri alması gerekir⁷⁵. Devletin pozitif yükümlülüğü, şiddet girişiminde bulunan kişilerin, diğer göstericilerden ayrılmasını şart koşar. Anayasa Mahkemesine göre de bir kişi, tutum ve davranışlarıyla şiddet kullanma niyetini ortaya koymamış ve toplantıda gerçekleşen şiddet hareketlerine katılmamışsa, bu kişinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının güvence altına alınması şarttır. Barışçıl süregelen bir etkinlikte bazı kişilerin haklarını kötüye kullanarak şiddeti araçsallaştırmaları, amacı barışçıl olan bir eyleme katılanların toplantı

⁷² **Oya Ataman/Türkiye Kararı**, § 39; **Osman Erbil Başvurusu**, § 49.

⁷³ Olgun Akbulut, **a.g.e.**, s. 383; benzer yönde bkz. Hüseyin İnce, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5, 2015, s. 524. Alman Anayasa Mahkemesi “saldırı” şartı ile ilgili şu tespitlerde bulunmuştur: “... Eğer bir katılımcı kişilere ya da eşyalara karşı şiddet içeren eylemler icra ederse, her halükarda barışçıl olmayan şekilde davranmış olur... [D]üzenleyicinin ve taraftarlarının şiddet içeren eylemler planladıkları ya da başkalarının bu tür davranışlarını en azından onayladıkları yüksek bir ihtimal olarak öngörülebilirse, toplanmanın yasaklaması kararı, kitlesel gösterilerde de anayasa hukuku bakımından özel bir sorun meydana getirmez. Bu tür bir gösteri, barışçıl olmadığı için Anayasa’nın 8. maddesindeki korumanın hiçbir suretle kapsamına girmez; dolayısıyla bu tür bir gösterinin dağıtılması ve yasaklanması, söz konusu temel hakkı ihlal edemez...”. “Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Brokdorf Kararı: Toplanma Özgürlüğünün Kapsamı Üzerine”, Çeviren: Berke Özenç, **TAÜHFD**, C. 1, S. 2, 2019, s. 269-270.

⁷⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rıfat Murat Önok, **a.g.e.**, s. 567; Ulaş Karan, **a.g.e.**, s. 76.

⁷⁵ **Djavit An/Türkiye Kararı**, İHAM, 20652/92, 20/2/2003, § 57.

hakkına müdahaleyi meşru kılmaz⁷⁶. Hatta şiddet girişimine katılmayan göstericilerin “barışçıl” niteliğini kaybeden etkinliği terk etmemeleri de şiddetin “onaylandığı” anlamına gelmez⁷⁷. Şiddet eylemlerine başvuran kişiler ile başvurmayanların ayrıştırılması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının bir şartı, devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamında kalan bir görevidir. Şiddet kullanan göstericilerin kolluk kuvvetleri tarafından etkinlik alanından hiç vakit kaybetmeksizin uzaklaştırılması ve “barışçıl” eylemcilerin haklarını kullanmaya devam edebilmeleri gerekir⁷⁸.

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken hususlardan biri, şiddetin mahiyeti ve saldırının etkinlik açısından ne kadar kapsayıcı olduğudur. İHAM’ın haklı olarak işaret ettiği üzere toplantı ve gösteri yürüyüşündeki şiddet eylemleri yer yer gerçekleşir, etkinliğin geneline sirayet etmezse, gösterinin “barışçıl” mahiyetini yitirdiğini ileri sürmek mümkün olmaz⁷⁹. Eylemcilerin işledikleri suçlar, etkinliğin bütününe etkileyecek düzeye ulaşmalı, bireysel nitelik taşımamalıdır⁸⁰. Zira aksi durumda birkaç kişinin eylemi ile göstericilerin tamamının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının engellenmesi gibi bir sonuç ortaya çıkar⁸¹. Alman Anayasa Mahkemesi de “*Brokdorf*” kararında, “Eğer bireylerin barışçıl olmayan davranışları, yalnızca [bu tür davranışların] failleri için değil de toplanmanın bütünü bakımından temel hakkın sağladığı korumanın ortadan kalkması sonucunu doğursaydı, bu kişiler, gösterilerin işlevini değiştirme ve diğer katılımcıların iradesi hilafına, gösterileri hukuka aykırı hale getirme imkânını elde ederlerdi...” tespitinde bulunmuştur⁸². Bununla birlikte göstericiler

⁷⁶ Ferhat Üstündağ Başvurusu, § 54; Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadağ Başvurusu, § 43.

⁷⁷ Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, s. 95; Bezar Eylem Ekinci, **a.g.e.**, s. 781.

⁷⁸ Christoph Gusy, **a.g.e.**, § 24, s. 811. Alman Anayasa Mahkemesi, saldırıda bulunan eylemcilerle ilgili olarak aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “... Buna karşın düzenleyici ve taraftarları barışçıl bir tutum sergiler ve karışıklıklar yalnızca dışsal unsurlardan (karşıt gösteriler, kargaşa çıkaran gruplar) kaynaklanırsa, ... öğretilerde haklı bir şekilde, yetkili makamların tedbirlerinin esas olarak kargaşa çıkaranlara yönelmek zorunda olduğu ve sadece istisnai polisiye tedbirlere dair zorunluluk halinin (Polizeilicher Notstand) özel koşulları gerçekleşirse, toplantının bütününe karşı harekete geçilebileceği işaret edilmiştir...” “**Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Brokdorf Kararı...**”, s. 270.

⁷⁹ Olgun Akbulut, **a.g.e.**, s. 392; Hüseyin İnce, **a.g.e.**, s. 625-626; benzer yönde bkz. Helge Sodan, **a.g.e.**, § 5, s. 104. Türk Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir. **Ferhat Üstündağ Başvurusu**, § 54.

⁸⁰ Otto Depenheuer, **a.g.e.**, § 85.

⁸¹ Volker Epping, **Grundrechte**, Springer Verlag, 8. Auflage, Hannover, 2019, § 37, s. 17.

⁸² “**Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Brokdorf Kararı...**”, s. 270-271.

tarafından gerçekleştirilen saldırı, şiddet fiilleri genele yayılmış ve toplantı ve gösteri yürüyüşünün bütününe hâkim olmuşsa, “barışçıl” bir eylemden artık bahsedilemez. Şiddet sınırlı kalarak toplantının tamamına egemen olamamışsa, eyleme katılan ve şiddet hareketlerinin dışında kalanlar haktan yararlanmaya devam etmelidirler. Daha evvel belirtildiği gibi bu kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmaları önlenemez. İspat yükü sözleşmecî devlete aittir. Sözleşmecî devlet, toplantı ve gösteri hakkının kullanımını engellerse, hak ihlalinin yaşanmaması şu şartlardan birinin gerçekleşmesine bağlıdır: Ya şiddetin, etkinliğin bütününe yayıldığı ya da başvurucunun kendisinin şiddet olaylarına karıştığı ispat edilmesi⁸³.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne “barışçıl” olmadığı için müdahale etmek isteniyorsa, genel geçer ve muğlak gerekçelerden kaçınılmalıdır. Eylemdeki şiddet girişimleri sebebiyle söz konusu etkinliğin “barışçıl” mahiyetini yitirdiği iddia ediliyorsa, kimin nasıl saldırıda bulunduğu şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde ortaya konmalıdır⁸⁴. Burada özellikle de “karşıt gösteri” yapanların şiddete başvurmaları durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği tespit edilmelidir. İHAM’a göre toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanan kişilerin, karşıt eylemcilerin şiddetine maruz kalma korkusuna kapılmaksızın etkinlikte bulunabilmeleri sağlanmalıdır⁸⁵. Zira korku ortamı, toplumun geneline ilgilendiren tartışmalı konulara ilişkin farklı fikirlerin ifade edilmesini önleyebilir. Karşıt gösteri hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını ortadan kaldıracak bir biçimde kullanılamaz⁸⁶. Devletin, şiddeti araçsallaştırmış karşıt göstericileri engelleme yükümlülüğü uyarınca her iki grup arasında makul bir denge kurması ve şiddete başvuranları önlemesi gerekir⁸⁷. Sözleşmecî devletin pozitif yükümlülüğü, karşıt göstericilerin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını barışçıl bir şekilde kullananlara karşı gerçekleştirdiği saldırıların defedilmesini, hakkın en azından bir grup gösterici açısından norm alanında kalmasını sağlar⁸⁸. Hiç

⁸³ Ulaş Karan, *a.g.e.*, s. 68; Hüseyin İnce, *a.g.e.*, s. 626. Türk Anayasa Mahkemesi de bu fikri savunmaktadır. **Ferhat Üstündağ Başvurusu**, § 54; **Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu**, § 56.

⁸⁴ **Ferhat Üstündağ Başvurusu**, § 56; **Yasin Agin Başvurusu**, § 51.

⁸⁵ **Ouranio Toxo ve Diğerleri/Yunanistan Kararı**, İHAM, 74989/01, 20/1/2006, § 37; bu konuda aynı yönde ayrıca bkz. **Barankevich/Rusya Kararı**, İHAM, 10519/03, 26/10/2007, § 32.

⁸⁶ **Ouranio Toxo ve Diğerleri/Yunanistan Kararı**, § 37.

⁸⁷ Olgun Akbulut, *a.g.e.*, s. 393; aynı yönde bkz. Ümit Kılınc, “Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri”, *TBB Dergisi*, S. 110, Ocak-Şubat 2014, s. 290-292.

⁸⁸ Ziya Çağa Tanyar, *a.g.e.*, 610-611.

şüphesiz, bu tespit, aynı gösteride gerçekleştirilen saldırıların etkinliğin geneline yayılmasının engellenmesinde de geçerlidir.

b. Slogan, Döviz ve Pankartlardaki Şiddet Çağrısı

Toplantı ve gösteri yürüyüşünün amacı ve içeriği, etkinlik boyunca atılan sloganlardan ve kullanılan dövizlerden anlaşılır⁸⁹. Bu aşamada yanıtlanması gereken asıl soru şudur: Bir gösteride atılan sloganlarda ya da taşınan pankart ve dövizlerde şiddet veya ayaklanma çağrısı yapıldığında otomatikman toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının güvence altına aldığı norm alanının dışına mı çıkmış olur, yoksa her olay için ayrı bir değerlendirme mi yapılmalıdır? İHAM, etkinlikte atılan “İktidar namlunun ucundadır.”, “Bizde hesapları namlular sorar.” gibi sloganların “şiddet” tonları içeren ifadeler olduğunu saptamakla birlikte, bu söylemlerin artık kalıplaşmış ve herkesin bildiği solcu sloganlardan sayılması gerektiğini, bu sloganların şiddete veya ayaklanmaya çağrı şeklinde görülemeyeceğini belirtmiştir. Şu kadar ki, İHAM’a göre söz konusu içtihat, sloganlardaki şiddet tonunun onaylandığı anlamına gelmemektedir. Ancak, bu husus, etkinlikte ifade edilen görüşlerin içeriklerinin yanı sıra kamuoyuna iletilme biçimlerinin de teminat altına alınmış olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Ayrıca, daha evvel işaret edildiği üzere İHAS kapsamında korunan, yalnızca “kabul gören”, “zararsız” ya da kayıtsızlık içeren bilgiler veya düşünceler değil ve aynı zamanda incitici, şok edici ve rahatsız edici olanlardır. Bu tür ifadeler “demokratik bir toplumun” olmazsa olmazı olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin şartlarından. İHAM, yine kararında, göstericilerin attıkları slogan, taşıdıkları dövizlerle doğrudan doğruya bir kişiyi veya grubu hedef göstermediklerini belirlemiştir. Kaldı ki, başvuruçuların maruz kaldıkları uzun ceza yargılamasını meşru kılacak açık ve yakın bir tehlike de somut olayda yoktur⁹⁰.

Görüldüğü gibi etkinliklerde ayrılıkçı açıklamalar yapılması veya mevcut anayasal düzene karşı çıkılması gösterilerin yasaklanması için yeterli değildir⁹¹. Ayrıca, şiddet çağrısı mahiyetinde olan sloganların ve dövizlerin, etkinliğin bütününe teşmil edecek ölçüde olması gerekir. Diğer bir ifade ile belli bir yoğunluğa ulaşmamış, sadece birkaç kişinin attığı sloganlar gerekçe gösterilerek toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının norm alanının dışına çıkıldığı savunulamaz. Yukarıda ifade edildiği gibi devletin pozitif yükümlülüğünü şiddet girişiminde bulunanlar ile diğer göstericilerin

⁸⁹ Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, s. 99.

⁹⁰ **Gül ve Diğerleri/Türkiye Kararı**, İHAM, 4870/02, 8/9/2010, § 41-42.

⁹¹ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rıfat Murat Önok, **a.g.e.**, s. 566.

ayrıştırılması oluşturur. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de barışçıl bir toplantıda bazı kişilerin terör örgütü lideri lehine slogan atmalarının gösteriye katılan herkesin toplantı ve gösteri hakkına müdahalede bulunulmasını haklı kılmayacağına, bu durumla karşılaşmış olan kamusal organların topyekûn bir cezalandırma yoluna gitmek yerine barışçıl toplantı yapanlar ile terör örgütü liderini öven sloganlar atanları ayrıştırma ödevi bulunduğu dikkat çekmiştir. Mahkeme, sloganların içeriğinin her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁹². Anayasa Mahkemesine göre genel geçer bir tespitte bulunarak her şiddet içeren sloganı veya afişi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” dışında kabul etmemek gerekir⁹³.

c. Trafik Akışını/Geçiş Bloke Eden Oturma Eylemleri

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” uyarınca üzerinde durulması gereken konulardan bir diğerini trafik akışını/geçiş bloke eden oturma eylemleri teşkil eder. Öncelikle, şu hususun altı çizilmelidir: Sadece toplantı ve gösteriler değil ve aynı zamanda belli bir süre devam eden oturma eylemleri de hakkın kapsamında yer alır⁹⁴. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, 6 Mart 1989’da verdiği bir kabul edilebilirlik kararında, nükleer silahlara ilişkin gerçekleştirilen protesto kapsamında Amerikan karargâhının önünde trafiği ve üsse girişi engelleyecek bir biçimde yapılan oturma eyleminin barışçıl bir kimliğe sahip olduğuna işaret etmiştir⁹⁵. Aktif şiddete yönelmeyen, “zorluk çıkarma” şeklinde ortaya çıkan pasif direnişler “saldırı” olarak değerlendirilmez ve anılan fiiller toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” içinde kabul görür⁹⁶. Diğer bir ifade ile göstericiler pasif mukavemette bulunduğu sürece söz konusu fiillerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının norm alanının içinde kaldığı varsayılır⁹⁷. Özellikle cadde, sokak ve demiryolu gibi aktif trafik akışının söz konusu olduğu alanlarda yapılan oturma eylemleri ile kamuoyunun dikkatinin belli bir konuya çekilmesi hedeflenir. Bu eylemlerin asıl amacı belli bir yerden geçiş engellemek değil, verilmek istenen mesajın etkinliğini

⁹² **Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadağ Başvurusu**, § 53.

⁹³ Görüldüğü üzere sloganların ve dövizlerin yer, zaman ve bağlam göz önünde bulundurmaksızın sadece şekli olarak değerlendirilmesi ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının norm alanının dışına çıkıldığının savunulması hak ihlaline neden olur. Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, s. 100.

⁹⁴ Ziya Çağa Tanyar, **a.g.e.**, s. 604.

⁹⁵ Ziya Çağa Tanyar, **a.g.e.**, s. 609.

⁹⁶ Tolga Şirin, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, s. 41; benzer yönde bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rıfat Murat Önok, **a.g.e.**, s. 569.

⁹⁷ Wolfram Höfling, **a.g.e.**, § 30, s. 430.

artırmaktır⁹⁸. Bu durum, trafik akışını bloke eden oturma eylemlerinin yurttaşların günlük yaşamlarında aksamaya yol açtığı gerçeğini değiştirmez. Ancak, daha önce de belirtildiği gibi katlanılabilir ölçüde kaos hakka içkindir. Toplumsal yaşamı sekteye uğratacak her gösterinin “barışçıl” niteliğini yitireceğini savunmak uygulamada toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanılamaz hâle getirir.

Öğretide blokaj oluşturan oturma eylemleri ile ilgili hâkim fikir bu yönde olmakla birlikte Alman hukukunda bu görüşe kısmen karşı çıktığı fark edilir. Şöyle ki, pasif direniş mahiyetinde olan oturma eylemlerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının güvence alanında yer aldığı, fakat trafiği uzun süreli bloke eden eylemler bakımından aynı tespitin yapılamayacağı, zira bu durumda üçüncü kişilerin hareket özgürlüklerinin sınırlandırılmış olacağı, bu nedenle, etkinliğin “barışçıl” niteliğinin sona ereceği ileri sürülmüştür⁹⁹. Bu görüşe göre makul süreyi aşacak bir biçimde trafik akışını durduran oturma eylemleri, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” dışındadır. Diğer yandan bu görüşün azınlıkta olduğu ifade edilmelidir. Gerçekten, Alman hukukunda trafiği bloke eden oturma eylemleri konusunda dikkat çekici bir yargısal içtihat gelişmiştir. Almanya’da bu tür oturma eylemlerinin, Alman Ceza Kanunu md. 240’da düzenlenen “zorlama (Nötigung)”¹⁰⁰ suçunu oluşturup oluşturmayacağı üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Bu süreçte Alman Yargıtayı tarafından 8 Ağustos 1969 tarihinde verilen “*Laeppele*” kararında, somut olayda göstericilerin, tramvay yolunu işgal etmelerinin, tramvayı sürerek göstericilere zarar verilmemesi hususunda vatman üzerinde “psikolojik” bir şiddet (baskı) yaratacağı öne sürülmüştür. Benzer bir karar, askeri araçların önünde durarak bu taşıtların istasyona girmelerini engelleyen göstericilerle ilgili de verilmiştir¹⁰¹. Bu içtihatlar, Alman Ceza Kanunu md. 240’da yer alan “şiddet” kavramını mağdur üzerinde yaratılan psikolojik ve manevi baskıyı göz önünde bulundurarak açıklamaktadır. Başka bir anlatımla geçişi önleyen eylemcilere zarar vermemek için hareket edemeyen mağdurun “psikolojik”

⁹⁸ VG Göttingen, Urt. v. 20.3.2017- 1 A 193/16, BeckRS 2017, 150060, § 21.

⁹⁹ Christoph Kannengießer, a.g.e., § 5, s. 319.

¹⁰⁰ “(1) Her kim, başka bir kimseyi hukuka aykırı biçimde şiddete başvurarak ya da ağır kötülük tehdidi altında bir şey yapmaya, yapmamaya veya bir şeyin yapılmasına tahammül etmeye zorlarsa, ... cezalandırılır. (2) Failin hedeflediği amaca erişmek için kullandığı şiddet veya kötülük yapma tehdidi “kınanabilir” nitelikteyse, fiil hukuka aykırıdır...”. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

¹⁰¹ Erdem İzzet Külçür, **Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla Çevreci Terörizm**, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, Kasım 2020, § 9.141, s. 313.

şiddete maruz kaldığı sonucuna varılmıştır. Fakat “şiddet” kavramına manevi anlam yüklenmesi eleştirilmiş, bu hâlde şiddetin, tehditten ayrılmasının güçleşeceği, mağdur üzerindeki manevi baskının “ağır” olduğu durumda şiddetin bulunduğu kabul edilse dahi bu “ağırlığın” nasıl takdir edileceğinin tespit edilemeyeceği belirtilmiştir¹⁰².

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bu oturma eylemleri ile ilgili olarak 10 Ocak 1995 tarihinde verilen “*Sitzblockaden-II*” kararı dönüm noktası niteliği taşımaktadır. Bu kararda geçişi engelleyecek bir biçimde oturma eylemi yapanların, Alman Ceza Kanunu md. 240’da düzenlenen “zorlama” suçunu işlediklerinin savunulamayacağı, suçun oluşabilmesinin “fiziki” bir zorlamaya bağlı olduğu, somut olayda eylemcilerin hareketsiz oturdukları, fiziksel bir şiddetin bulunmadığı, sürücülerin, eylemcilere zarar vermemek için “psikolojik” olarak baskıya maruz kaldıkları, fiziksel bir zorlama bulunmamasına rağmen Alman Ceza Kanunu md. 240’nın uygulanmasının, Anayasa md. 103/2’de hükme bağlanan “kıyas yasağı” kuralına aykırı olacağı vurgulanmıştır¹⁰³. Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı üzerine 27 Temmuz 1995 tarihinde verdiği bir kararda, cadde üzerinde oturma eylemi yapan kişilerin durdurdukları ilk sıradaki taşıtları bir “fiziksel engelleme” aracı olarak kullanarak ikinci ve sonraki sıralarda yer alan taşıtlardaki kişilere yönelik “zorlama” faaliyetinde bulduklarını ve Alman Ceza Kanunu md. 240’a aykırı davrandıklarını belirlemiştir. Oturma eylemi yüzünden geçiş yapamayan birinci sıradaki araçlar, diğer araçların geçişine engel olmuş, trafik akışı “şiddet” kullanılarak durdurulmuştur¹⁰⁴.

Bu bağlamda manevi ve fiziksel “şiddet” kavramları birbirinden ayrılarak eylemcilerin ilk sıradaki taşıtlar üzerindeki baskısı “şiddet” olarak görülmemiştir. Bununla birlikte, birinci sıranın arkasındaki taşıtların fren yaparak adeta “zorla” durdurulmuş olmasının Alman Ceza Kanunu md. 240’a göre “zorlama” girişimi olarak nitelendirilmesi, ikinci sıradan itibaren trafik akışının bloke edilmesinin “şiddet” kapsamında değerlendirilmesi

¹⁰² Eckard Horn, Gereon Wolters, “Nötigung”, in: **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band IV, 8. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2012, § 240 kn. 11a.’dan akt. Erdem İzzet Külçür, **a.g.e.**, § 9.141, s. 313.

¹⁰³ **BVerfGE**, 104, 92, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv104092.html>, Son Erişim: 10 Ocak 2022, § 46-47.

¹⁰⁴ Erdem İzzet Külçür, **a.g.e.**, § 9.143, s. 314; Can Canpolat, “Der strafrechtliche Gewaltbegriff in rechtsvergleichender Sicht”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Güz 2020, s. 80-81.

gerektiği iddia edilmiştir¹⁰⁵. Gerçekten de ilk sıradaki araçlar, diğer araçlar için “aşılamayacak” bir fiziksel engeldir. İkinci ve sonraki sıralarda yer alan taşıtlar, ilk sıradaki araçlara çarpmamak için durmak zorunda kalmaktadırlar. Öyle ki, bu araçlar isteseler de yollarına devam edemezler. Birinci sıradaki taşıtların sürücüleri, trafik akışını durdurmak adına “fail” olarak kullanılmakta ve “suçun başka biri vasıtasıyla işlenmesi” anlamına gelen “dolaylı faillik” kurumu (Alman Ceza Kanunu md. 25/1) gündeme gelmektedir¹⁰⁶. “Şiddet” kavramını “fiziksel engel yaratma” esastan yola çıkarak açıklayan Yargıtay, önceki kararlarına ve Anayasa Mahkemesi içtihadına uygun hareket etmiştir¹⁰⁷.

İHAM da Budaházy/Macaristan Kararı’nda, başvuru tarafından seçimlere ilişkin olarak gerçekleştirilen eylem sonucunda şehir

¹⁰⁵ Erdem İzzet Külçür, **a.g.e.**, § 9.143, s. 314; Can Canpolat, **a.g.e.**, s. 80-81.

¹⁰⁶ Dorothea Magnus, “Der Gewaltbegriff der Nötigung (§ 240 StGB) im Lichte der neuesten BVerfG- Rechtsprechung”, **NSStZ**, 32. Jg., Heft 10, 2012, s. 541. Oturma eylemi yapanların suç işledikleri ve “dolaylı faillik” müessesesi çerçevesinde sorumluluğu kabul edildiğinde, göstericilere karşı meşru savunma hakkının kullanılması mümkün hâle gelir. Alman Ceza Kanunu md. 32 gereğince her kim, meşru savunmanın zorunlu kıldığı bir hareketi yaparsa, bu eylem “hukuka aykırı” sayılmaz. Gerek kendisine gerekse başkasına yönelik hâlihazırda mevcut ve hukuka aykırı bir saldırıyı defetmek için yapılan savunma “meşru savunma” olarak kabul edilir.

¹⁰⁷ Reinhard Bergmann, Artikel 8, in Dieter Hömig (Hrsg.), **Grundgesetz Kommentar**, Nomos Verlag, 8. Auflage, Baden–Baden, 2007, § 8, s. 131-132. Alman Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın bu içtihadının Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına aykırı düşmediğine, Alman Ceza Kanunu md. 240’ın uygulanmasının Anayasaya (kıyas yasağına) aykırı olmadığına karar vermiştir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesine göre şiddetten söz edebilmek için somut olayda eylemcilerin bedensel varlıklarının mağdur üzerinde manevi bir “zorlama” yaratması yeterli olmayıp, ayrıca “fiziksel engel” de oluşturması gerekir. Anayasa Mahkemesinin önceki içtihatları dikkate alınarak, atom enerjisi geri dönüşüm tesisi inşaatı girişine zincir şeklini alarak kendilerini kilitleyenlerin ya da kapatılan nükleer enerji tesisindeki atıkların taşınmasını protesto etmek için santrale bağlanan tren yolu üzerine çelik kutu yerleştiren kişilerin, şiddete başvurarak “zorlama” suçunu (Alman Ceza Kanunu md. 240) işledikleri savunulabilir. Bkz. Erdem İzzet Külçür, **a.g.e.**, § 9.144, s. 314-315. Böylelikle, sadece cadde üzerinde oturmak, diğer bir ifade ile göstericilerin cadde üzerindeki salt fiziksel varlığı “cezalandırılabilir” bir eylem olarak nitelendirilemez. Cezaî yaptırımın uygulanabilmesi bahse konu hareketin mağdur üzerinde manevi baskıdan ziyade fiziksel bir engel yaratmasına bağlıdır. Christoph Gusy, **a.g.e.**, § 79, s. 839. Ne var ki, Alman hukukunda azınlıkta kalan bir diğer fikir, geçişi engelleyerek oturma eylemi yapılması durumunda mağdurun eylemden fiziki olarak etkilenmeyeceğini, dolayısıyla, “zorlama” suçunun (Alman Ceza Kanunu md. 240) şiddetle değil, tehdit yoluyla gerçekleşeceğini iddia etmiştir. Söz konusu görüşe göre bu “tehdit”, göstericilerin geçişi boşaltmaması veya kendilerine zarar vermesidir. Erdem İzzet Külçür, **a.g.e.**, § 9.147, s. 316.

merkezindeki altı şeritli köprüünün trafiğe kapatılmasını ve eylem neticesinde başvurucuya idari para cezası ile otuz gün boyunca kamu hizmetinde bulunma yaptırımının uygulanmasını İHAS'a aykırı değerlendirmemiştir. İHAM'a göre bu derece işlek bir köprüünün blokesi "barışçıl" gösterinin neden olduğu karışıklığın üzerinde bir karmaşaya yol açar. Mahkeme, başvurucunun anılan davranışının sürücüler bakımından belirgin bir rahatsızlığa sebep olduğuna kanaat getirmiş; trafik yoğunluğunun önlenmesi gerekçesiyle ulusal organlar tarafından "ceza" verilmesinin İHAS'a aykırı düşmediğine, zira başvurucunun, etkinliğe katıldığından değil, trafiği engellediğinden mahkûm edildiğine dikkat çekmiştir¹⁰⁸. İHAM, yine söz konusu kararında, yaptırımların, vatandaşların hak ve hürriyetlerinin korunması amacı bağlamında meşru görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Böylece, İHAM, trafik güvenliğini tehlikeye atarak araçların geçişini engelleyen oturma eylemlerinin, hakkın "norm alanı" dışında kalan, yani hakkın "barışçıl" vasfını kaybettiren bir fiil olarak değerlendirilemeyeceğini, uygulanacak idari ve adli yaptırımların somut olay ekseninde ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre ulusal yargı organlarının, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile kamu düzeninin ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması gibi farklı menfaatleri dengelemeye çalışmaları gerekir¹⁰⁹. Bu durum, ulusal makamlar tarafından karar verilmeden evvel konu ile ilgili kapsamlı araştırma yapılmasını ve alınan kararın gerekçeli bir şekilde oluşturulmasını gerektirir.

Türk Anayasa Mahkemesi de trafik akışının kesilmesi hâlinde verilen idari para cezasının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkin benzer bir sonuca varmıştır. Buna göre yasalarda düzenlenen esaslara uyulmaması toplantı ve gösteri yürüyüşünün "barışçıl" vasfını ortadan kaldıran bir husus değildir. Zira halka açık alanlardaki etkinliklerin hayatın olağan akışını etkilemesi ve toplumda belli ölçüde huzursuzluk yaratması kaçınılmazdır¹¹⁰. Bu kargaşaların belli bir dereceye kadar "makul" kabul edilmesi ve idari organlar tarafından "hoş görülmesi" beklenir. Somut

¹⁰⁸ **Budaházy/Macaristan Kararı**, İHAM, 41479/10, 15/3/2016, § 43. Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya Kararı'nda önceki kararlara atıf yapılarak, başvurucular tarafından oluşturulan "fiziki engellere" (keklük avının avcılarının önüne geçerek önlenmesine ve nükleer denizaltının elde bulundurulmasını protesto etmek için donanma üssüne giden yolun oturma eylemi sonucunda kapatılmasına) yönelik benzer tespitite bulunulmuştur. **Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya Kararı**, İHAM, 37553/05, 15/10/2015, § 171.

¹⁰⁹ **Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya Kararı**, § 140.

¹¹⁰ **Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu**, § 119; **Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu**, AYM, 2014/17391, 19/4/2018, § 51; **Emre Soyaslan Başvurusu**, AYM, 2013/2394, 18/4/2019, § 40.

olayda “katlanılabilir” düzeyi aşan, kamu düzenini ciddi bir biçimde bozan durumların ise ikna edici delillerle ortaya konması şarttır¹¹¹. Şayet kamu düzenine ilişkin tehditlerin gerçekleşme ihtimali yüksekse, kamusal organlar söz konusu tehditleri bertaraf edecek tedbirler alabilirler. Bu önlemlere aykırı olarak etkinlikler düzenlenmesi ya da gösterilere katılım sağlanması durumunda “ceza” da verilebilir¹¹². Şu kadar ki, bu tedbir ve cezaların, “barışçıl” toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını usulsüz bir şekilde sınırlandırmasına izin verilmemesi gerekir. Kamu kuvvetlerinin keyfi nitelik arz eden müdahalelerine karşı hak sahipleri özellikle korunmalıdırlar¹¹³. Bu sebeple, kamu düzeninin ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı arasında adil bir denge tesis edilmesine özen gösterilmelidir¹¹⁴.

Anayasa Mahkemesine göre taşıt trafiğinin kapatılmasının kamu düzeni üzerindeki etkisi; engellenen vatandaşlara yüklediği külfet, caddenin trafiğe kapalı kaldığı süre ve başvuruçunun eylemlerinin toplumun geneli açısından “katlanılabilir” eşiği aşmış aşımadığı dikkate alınarak tespit edilmelidir¹¹⁵. Trafiği aksatmak veya engellemek eylemlerinin kamu düzeni bakımından nasıl bir olumsuz durum yarattığı kamu makamları tarafından hazırlanacak raporlarda gerekçeli bir şekilde ifade edilmiş olmalıdır. Anayasa Mahkemesi, trafik akışının göstericiler tarafından uzun bir süre durdurulması durumunda yurttaşların mevcut güzergahlarını değiştirmekten başka seçeneklerinin bulunmadığına dikkat çekerek, bu hususun, üçüncü kişilere demokratik bir toplumda katlanılması mümkün olmayan bir yükümlülük getirdiği sonucuna varmıştır¹¹⁶. Ayrıca, Mahkemeye göre idari para cezasının miktarı, olayın gerçekleşme biçimi ve sonuçları birlikte değerlendirildiğinde, trafik akışının işlek bir caddede belirli süre engellenmesi nedeniyle göstericilere görece düşük miktarda idari para cezası verilmesi “meşru” amaçla orantılı bir yaptırım olarak nitelendirilebilir. Bu hâlde, çatışan haklar arasında adil bir denge kurulduğu, idari para cezasına hükmedilmesiyle söz konusu dengenin bozulmadığı,

¹¹¹ Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu, § 51; Güral Doğan Başvurusu, AYM, 2015/7453, 18/4/2019, § 45.

¹¹² Dilan Ögüz Canan Başvurusu, § 40; Emre Soyaslan Başvurusu, § 41; Güral Doğan Başvurusu, § 46.

¹¹³ Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, § 82; Dilan Ögüz Canan Başvurusu, § 42; Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu, § 54; Emre Soyaslan Başvurusu, § 42.

¹¹⁴ Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu, § 56; Güral Doğan Başvurusu, § 47.

¹¹⁵ Emre Soyaslan Başvurusu, § 43; Güral Doğan Başvurusu, § 48.

¹¹⁶ Emre Soyaslan Başvurusu, § 48, § 49; Güral Doğan Başvurusu, § 53, § 54.

trafiğin bloke edildiği süre göz önünde bulundurulduğunda, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düştüğü belirtilmiştir¹¹⁷.

Anayasa Mahkemesi, tramvay yolunda yürüyüş yapan göstericiler hakkında hükmedilmiş olan idari para cezasına yönelik gerçekleştirilen bireysel başvuru kapsamında ise eylemcilere sırf tramvay yolunda yürüdüklerinden idari para cezası verildiği, tramvay trafiği kısa süreliğine bloke edildiği için ortaya çıkan “emre aykırı” davranışın kamu düzenini nasıl bozduğunun, başkalarının hak ve özgürlüklerini ne ölçüde etkilediğinin yeterli bir şekilde gerekçelendirilemediği, başka bir ifade ile kamu düzenini “katlanılamaz” şekilde zora sokan, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasının ötesine geçen sonuçların nasıl doğduğunun delilleri ile ispatlanamadığı tespitinde bulunarak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda trafik akışının kısa süreliğine kesildiği, yakın yerlerde alternatif yolların bulunduğu, başkalarının hak ve özgürlüklerini sınırlandıran bir engellemeden bahsedilemeyeceği, demokratik bir toplumda bu tür eylemlere hoşgörü gösterilmesi gerektiği, göstericiler hakkında idari para cezası verilerek hak ve menfaatler arasında adil bir denge kurulamadığı ifade edilmiştir¹¹⁸.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, taşıt trafiğinin bloke edilmesini, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” içinde kabul etmektedir. Ayrıca, Mahkemeye göre bu hareketleri kategorik olarak yasaklama yoluna gitmemek gerekir. Gerçekten de oturma eylemlerinin işlek bir caddede yapılıp yapılmadığı, trafiğin ne kadar süre için kesildiği, hükmedilen idari para cezasının miktarı, sürücüler bakımından alternatif güzergahların bulunup bulunmadığı gibi kıstaslar dikkate alınarak göstericilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları ile kamu düzeninin korunması arasında adil ve makul bir denge sağlanmış olmalıdır. Nitekim bu denge, kamu organları tarafından alınan tedbirlerin orantılı olmasının ön şartıdır. Söz konusu dengenin somut olayda kurulup kurulmadığı idari para cezasına hükmedilmeden ya da cezanın iptaline karar verilmeden evvel derinlemesine bir araştırma yapılmasına ve oturma eylemi yaparak trafiğin kesilmesinin niçin idari para cezasını gerektirdiğinin somut delillerle açıklanmasına bağlıdır.

¹¹⁷ **Emre Soyaslan Başvurusu**, § 51-52; **Güral Doğan Başvurusu**, § 56-57.

¹¹⁸ **Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu**, § 76-80.

d. Göstericilerin Kimliklerini Gizleyecek Şekilde Yüzlerini Kapatmaları

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “saldırısız” olması bağlamında üzerinde durulması gereken son husus, protestocuların bir kısmının maske takarak kimliklerini gizlemeleridir. Alman hukukunda eylemcilerin kendilerini tanınmayacak şekilde gizlemelerinin toplumun geneli için bir “tehdit” oluşturacağı ve bir tür “kamufraj” olarak görülebilecek bu faaliyetin, etkinliğin “barışçıl” mahiyetine zarar vereceği, toplantıyı “saldırlı” hâle getireceği iddia edilmiştir¹¹⁹. Dolayısıyla, bu durumda artık hakkın norm alanının dışına çıkılacağı savunulabilir. Fakat kişisel verilerini bilerek gizleyen göstericilerin, etkinliğin geneline etki edecek sayıda olmasına özen gösterilmeli, yalnızca birkaç kişinin bu yola başvurması hâlinde, devletin pozitif yükümlülüğü uyarınca bu eylemcilerin diğer göstericilerden ve etkinlik alanından uzaklaştırılmaları gerekir. Aksine bir yorum, ölçülülük ilkesine aykırılık nedeniyle hak ihlaline yol açar. “Norm alanı” ile ilgili bu görüşe öğretilerde karşı çıkıldığı belirtilmelidir. Buna göre eylemcilerin, kimliklerinin gizlenmesi amacına yönelik maske kullanımının, bu kişilerin kolluk kuvvetleri tarafından tespit edilmesini engellediği, tek başına bu durumun, etkinliği “barışçıl” olmaktan çıkarmayacağı öne sürülmüştür¹²⁰.

Türk hukukunda ise kimliklerini saklayabilmek adına yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma eyleminin anılan etkinliği kanuna aykırı kılacağı düzenlenmiştir (TGYK md. 23/b). TGYK md. 33/a uyarınca bu şekilde toplantı ve gösterilere katılanlar hakkında iki yıl altı aydan dört yıla kadar hapis cezası uygulanır. Bu hüküm incelendiğinde sadece yüzün kapatılmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda bu hareketin kimliğin gizlenmesi amacına yönelmesi gerektiği de anlaşılır. Başka bir anlatımla suçun işlenebilmesi için özel kastın varlığı gerekir. Kimliğin gizlenmesi amacıyla yüzün kapatılması zorunlu olduğundan, Kovid-19 pandemisinin yayılmasını önlemek için takılan cerrahi maskeler bu kapsamda değildir. Benzer bir tespit, hava kirliliğini ya da kimyasal silahlanmayı protesto etmek amacıyla kullanılan, kimliğin saklanmasını amaçlamayan gaz maskeleri için de yapılabilir¹²¹.

¹¹⁹ Otto Depenheuer, *a.g.e.*, § 86; Volker Epping, *a.g.e.*, § 37, s. 17.

¹²⁰ Wolfram Höfling, *a.g.e.*, § 32, s. 430; Helmuth Schulze-Fielitz, Artikel 8, in Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band I, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2006, § 43, s. 903; Stefan Ripke, *a.g.e.*, s. 413.

¹²¹ Wolfram Höfling, *a.g.e.*, § 21, s. 427.

Kanunda yer alan bu düzenleme mevcut hâliyle eleştiriye açıktır. Birincisi, suç işlemeyen, sırf yüzünü kapatarak kimliğini gizleyen eylemcinin iki yıl altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması orantısız bir yaptırım oluşturur. Bir kişi yalnızca suça teşebbüs ettiğinde veya suç işlediğinde sorumlu tutulabilir. Kişilerin kimliklerini gizlemeleri bu koşulu sağlamamaktadır. İkincisi, kimliklerini gizleyen kişiler hakkında hapis cezası vermek Anayasa md. 38/5'e de aykırı düşecektir. Bu hüküm gereğince “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Eğer toplantı ve gösterilere katılanlar kimliklerini ibraz etmeye zorlanır ve sırf bu kurala aykırı davrandıkları için kendilerine hapis cezası uygulanmaya kalkılırsa, anayasal düzeyde güvence altına alınan “aleyhe beyan” ve “delil gösterme” yasağı (nemo tenetur ilkesi) ihlal edilir¹²². Kanuna aykırı her fiilin “norm alanı” dışına çıkmak anlamına gelmediği de göz önünde tutulursa, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “geçerlilik muhtevasında” kalan bir eylem olan maske kullanımının, hapis cezasını gerektiren suç olmaktan çıkarılması ve Anayasaya aykırılığın önlenmesi gerekir.

2. “Silahsızlık”

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “barışçıl” niteliğe sahip olduğundan bahsedebilmek için etkinliğin aynı zamanda “silahsız” olması şarttır. “Silahsızlık”, etkinliğin saldırsız olmasının sonucudur¹²³. Toplantı ve gösteri yürüyüşüne silah getirilmesi, bu etkinliğin “barışçıl” olmadığını gösterir. Silahların hangi amaçla getirildiğinin önemi yoktur. Çünkü hakkın norm alanının dışında kalan, etkinliğe silahla gelmektir, silahların somut olayda kullanılması gerekli değildir¹²⁴. Ancak, gösterinin tamamına etki etme olanağı olmayan, özellikle az sayıda eylemcinin beraberinde silah getirmesi, etkinliğin “barışçıl” niteliğinin zarar gördüğü anlamına gelmez¹²⁵. Bu hâlde, yanlarında silah bulunduran kişiler, etkinlik alanından hemen uzaklaştırılmalı, diğer göstericilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarını etkin biçimde kullanmaları sağlanmalıdır. Öyle ki, bu yorum ölçülülük

¹²² Ersan Şen, “Kimliğini Gizlemek Amacıyla Yüzünü Örtme”, **Yorumluyorum-9**, Seçkin Yayınları, Ankara, Haziran 2015, s. 71-72. Nemo tenetur ilkesi hakkında bkz. Rezzan İtişgen, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Eylül 2013.

¹²³ Otto Depenheuer, **a.g.e.**, § 89; Wolfram Höfling, **a.g.e.**, § 35, s. 431.

¹²⁴ Otto Depenheuer, **a.g.e.**, § 89. Gösteride silah kullanılırsa etkinlik “saldırlı” hâle geleceği için “barışçıl” niteliğini yitirecektir. Bu nedenle, protestocuların yanlarında bulundurdıkları silahları kullanmaları şart değildir.

¹²⁵ Stefan Ripke, **a.g.e.**, s. 407.

prensibinin de bir gereği olarak kabul edilebilir. Nitekim TGYK md. 24/3 gereğince “Toplantı ve gösteri yürüyüşüne 23 üncü madde (b) bendinde yazılı silah, araç, alet veya maddeler veya sloganlarla katılanların bulunması halinde bunlar güvenlik kuvvetlerince uzaklaştırılarak toplantı ve gösteri yürüyüşüne devam edilir.” Bu düzenlemeye göre göstericilerin etkinliğe silah getirmeleri, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının norm alanının dışına çıkıldığının başlı başına bir göstergesi değildir. Bu hüküm uyarınca “... bunların sayıları ve davranışları toplantı veya gösteri yürüyüşünü Kanuna aykırı addedilerek dağıtılmasını gerektirecek derecede ise yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.” Bu noktada kanun koyucu tarafından “sayı ve davranış” ölçütleri getirilerek, tespitte bulunma yetkisi kolluk kuvvetlerine bırakılmıştır. Fakat bu düzenlemenin soyut olduğu ve kolluk güçlerinin takdir yetkilerini kullanırlarken hangi kriterleri esas alacaklarının açık bir şekilde ifade edilmediği gerekçeleriyle eleştirilmesi mümkündür¹²⁶. Hiç şüphesiz, hükmün bu niteliği, kanunilik ilkesine aykırılık tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.

“Silahsızlık” koşulu yalnızca toplantı ve gösteri yürüyüşlerde değil, ayrıca etkinlik alanına ulaşmak için kullanılan yollarda da geçerli olup¹²⁷ bu aşamada güvenlik kuvvetlerince silahlara el konulması, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına bir müdahale teşkil etmez¹²⁸. Çünkü etkinliklere silah getirilmesi hakkın “geçerlilik muhtevası” dışında olan bir eylem türüdür. Bu hareket toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına içkin olmadığından bir sınırlandırmadan da söz edilememesi gerekir. Öğretide azınlıkta kalan bir görüş, “silah” kavramını tanımlanırken yasa yapıcının tanımının esas alınmaması gerektiğini, etkinliğin “silahsız” olmasının Anayasada düzenlendiğini, aksi yönde bir yorumun, Anayasanın güvence altına aldığı bir kavramın kapsamının kanunla tespit edilmesi gibi normlar hiyerarşisine aykırı bir sonuca yol açacağını ileri sürmüştür¹²⁹. Ancak, bu fikrin öğretide

¹²⁶ Esra Atalay, **a.g.e.**, s. 98. Etkinliğin “silahsız” olmasını istemek vatandaşlar açısından bir hak iken, bu tür bir ortamı sağlamak devletin yükümlülüğüdür. Nitekim toplantı ve gösteri yürüyüşü alanına girmeden Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu md. 9 çerçevesinde yapılan “önleme araması” bu amaca hizmet etmektedir. Kanunun 9. maddenin 3. fıkrasına göre kolluk kuvvetlerinin, TGYK kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin gerçekleştirildiği alanlarda ya da yakın çevrelerinde “önleme araması” yapma yetkisi vardır.

¹²⁷ Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk, “Aktuelle Fragen der Gestaltungsfreiheit von Versammlungen”, **Juristische Arbeitsblätter**, 45. Jg., Heft 6, 2013, s. 409.

¹²⁸ Stefan Zeitler, **Grundriss des Versammlungsrechts**, Neuer Medienverlag, Norderstedt, 2015, § 87, s. 33.

¹²⁹ Volker Epping, **a.g.e.**, § 37, s. 17-18.

azınlıkta kaldığını, uygulamada “silah” kavramının bu görüşün aksine öğreti ve yargı kararları ile şekillendirilmiş olduğunu vurgulamakta yarar vardır.

Geniş anlamda “silah” terimine, objektif olarak “tehlikeli”, yani bir kişiyi yaralaması veya eşyaya zarar vermesi fiilen mümkün olan ve şiddet girişiminde bulunmak için etkinliğe getirilmiş araçlar (beyzbol sopası, demir zincir vb.) dâhildir¹³⁰. Bu durumda toplantı ve gösteri yürüyüşünün “barışçıl” niteliğini kaybedeceği söylenebilir. Başka bir anlatımla silahtan sadece teknik anlamda “silah” değil, aynı zamanda saldırı ve savunma amacıyla kullanılan, yaralamaya ve zarar vermeye uygun olan diğer aletler de anlaşılır¹³¹. Nitekim Alman Toplantı Kanunu md. 2/3’e göre kamuya açık toplantıya silah ya da yapıları gereği üçüncü kişileri yaralamaya veya eşyalara zarar vermeye elverişli olan araçlar getirilemez¹³². Alman hukuk öğretisinde ortaya atılan bir görüşe göre hakkın güvence alanının dışında kalan “silah” kavramının, yalnızca tabanca, bıçak, muşta ya da kimyasal gaz gibi teknik anlamda “silah” olarak kabul edilen aletleri kapsamaması gerekir¹³³. Bununla beraber az önce işaret edildiği gibi hâkim görüş, insanları yaralamaya veya eşyalara zarar vermeye uygun olan ve teknik anlamda “silah” olarak değerlendirilemeyen aletlerin de bu çerçevede ele alınması gerektiğini ifade eder. Şu kadar ki, Alman hukukundaki bu hâkim görüş, “silah” kavramını geniş yorumlayarak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının koruma alanını daralttığı, bu araçların “silah” olarak nitelendirilebilmesi için “saldırı” aracı olarak kullanılmasının zorunlu olduğu, bu hâlde ise etkinliğin “barışçıl” mahiyetini zaten yitireceği (yani toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” dışına çıkılmış sayılacağı) gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹³⁴.

Türk hukukunda da “silah” kavramının geniş yorumlandığı görülür. Anılan görüşün temel dayanaklarından birini Türk Ceza Kanunu md. 6 oluşturmaktadır. Bu düzenleme uyarınca “silah” deyiminden, “ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma

¹³⁰ Otto Depenheuer, **a.g.e.**, § 96; Christoph Kannengießer, **a.g.e.**, § 6, s. 320; Wolfram Höfling, **a.g.e.**, § 35, s. 431.

¹³¹ Tae-Soo Kang, **Der Friedlichkeitsvorbehalt der Versammlungsfreiheit**, Dissertation Universität Bonn, 1993, s. 9. Teknik anlamda “silah” olarak kabul edilmeyen eşyalar (örn. kaldırım taşları, tahta çitler) da eylemciler tarafından “yaralama veya zarar verme amacı” ile kullanılması hâlinde “silah” olarak değerlendirilir. Theodor Maunz/Reinhold Zippelius, **Deutsches Staatsrecht**, C.H. Beck Verlag, 30. Verlag, München, 1998, s. 152.

¹³² <https://dejure.org/gesetze/VersG>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

¹³³ Christoph Kannengießer, **a.g.e.**, § 6, s. 320; Wolfram Höfling, **a.g.e.**, § 35, s. 431.

¹³⁴ Wolfram Höfling, **a.g.e.**, § 36, s. 431.

amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler” anlaşılır. TGYK m. 23 silah kavramını geniş yorumlayarak kamu düzenini bozmaya elverişli olan her türlü aracı bu kapsamda ele almıştır¹³⁵. Buna göre ateşli silahlar veya havai fişek, molotof ve benzeri el yapımı olanlar dâhil patlayıcı maddeler ve her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli, zincir, demir bilye veya sapan gibi bereleyici ve boğucu araçlar ya da yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler taşınarak yapılan etkinlikler kanuna aykırı sayılır. Bu aletlerden birinin bulundurulması, göstericiler için hakkın norm alanının dışına çıktığı anlamına gelir. Ancak, aynı tespitin pankart sopası, çakmak, yüzük gibi aletleri taşıyanlar için geçerli olmayacağı açıktır¹³⁶. Silahların ruhsatlı olup olmadığının önemi bulunmadığı gibi¹³⁷ “silahsızlık” şartı, meslekleri icabı silah taşıyanların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmaları hâlinde de geçerlidir¹³⁸.

¹³⁵ Ali Rıza İşgören, *a.g.e.*, s. 112.

¹³⁶ Tolga Şirin, *30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı*, s. 40. Oyuncak silahlar, yaralama ve zarar verme işlevine sahip olmadığından “silah” olarak kabul edilmez. Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk, *a.g.e.*, s. 410. Ne var ki, bu araçların sahte olduğunu bilmeyen üçüncü kişilerin iradeleri etkilenebileceği için dışarıdan oyuncak olduğu anlaşılamayan “silahlar”, toplantı ve gösteri yürüyüşünü “saldırlı” hâle getirebilir. Ayrıca, fiziki olarak yaralamayan, yalnızca muhatabını küçük düşürerek kişilik hakkını zedeleyen nesnelere de (yumurta, çürük meyve, boya torbası vb.) “silah” olarak değerlendirilemez. Helmuth Schulze-Fielitz, *a.g.e.*, § 45, s. 904; Wolfram Höfling, *a.g.e.*, § 36, s. 431; Tae-Soo Kang, *a.g.e.*, s. 9. Göstericileri özellikle dış müdahalelere karşı koruyan kalkan, kask veya gaz maskesi gibi eşyalar açısından da benzer tespit yapılabilir. Bu araçlar “silah” olarak nitelendirilemez. Hans D. Jarass, *a.g.e.*, § 9, s. 271; Christoph Kannengießer, *a.g.e.*, § 6, s. 320; Stefan Ripke, *a.g.e.*, s. 424. Fakat bu eşyaların kolluk kuvvetlerince gerçekleştirilen müdahalelere karşı kullanılması ve kamu gücü müdahaleleri karşısında direnç sağlamak için eyleme getirilmesi nedeniyle Alman Toplantı Kanunu md. 17a’da yasaklandığı görülür. Kanun koyucu tarafından öngörülen bu yasağın ise toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını değil, göstericilerin genel davranış özgürlüklerini sınırlandırdığı belirtilmelidir. Çünkü Alman Anayasası md. 8’de, kişilerin “bir araya gelme hakkı” güvence altına alınmış, dışarıdan gelen müdahalelere karşı kullanılan bu savunma araçlarının etkinliğe getirilmesi hak kapsamında sayılmamıştır. Söz konusu hüküm, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımını engellemez. Otto Depenheuer, *a.g.e.*, § 91.

¹³⁷ Tae-Soo Kang, *a.g.e.*, s. 127; aynı yönde bkz. Ali Rıza İşgören, *a.g.e.*, s. 112.

¹³⁸ Otto Depenheuer, *a.g.e.*, § 89; Tae-Soo Kang, *a.g.e.*, s. 127.

IV. Sonuç

Her hak ve özgürlüğün belli bir güvence alanında hüküm ve sonuçlarını doğurduğu kabul edilir. Hak ve özgürlüğün “sınırlılığı” olarak da nitelendirilen bu alanda, kanun koyucu tarafından düzenleme yapılması “açıklayıcı” bir nitelik arz eder ve hakkın “geçerlilik alanında” herhangi bir şekilde daralmaya neden olmaz. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı açısından bu “sınırlılık” hâli, “saldırızsızlık” ve “silahsızlık” olarak ortaya çıkar. Elbette, yukarıda da belirtildiği gibi bu durum, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımı sürecinde hiçbir sorunun yaşanmaması gerektiği anlamına gelmez. Her etkinlik, toplumun belli bir kesiminde öfke uyandıracak küçük kargaşalara yol açabilir. Ancak, toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında oluşan her türlü karmaşa, bu etkinliğin “barışçıl” niteliğinin kaybolduğunu göstermez. “Katlanılabilir” nispette kaos hakka içkindir. Zira birlikte yaşamak, kamu düzenini bozan bazı eylemlerin belli ölçüde hoş görülmesini gerekli kılar. Bu hoşgörü, çoğulcu demokratik ortamın tesis edilmesi için de şarttır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin “saldırızsız” olmasından ne anlaşılacağı düzenlenmemiş, bu husus, kavramın uygulamada şekillenmesi sonucunu doğurmuştur. Buna göre etkinliğin genel durumu, eylemcilerin istek ve niyetleri, gösteriyi düzenleyenler tarafından hazırlanan çağrı metni, özellikle etkinlikten önceki açıklamalar ile göstericilerin kullandıkları araçlar dikkate alınarak bir değerlendirilmede bulunulmalıdır¹³⁹. Söz konusu tespit, saldırıların, etkinliğin geneline yayılmış olması durumunda anlam ifade edeceği unutulmamalıdır. Birtakım münferit saldırıların önlenerek toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımının somut olayda güvence altına alınması devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında kalan bir faaliyettir. Diğer bir anlatım ile güvenlik kuvvetlerinin birkaç göstericinin üçüncü kişileri yaralayan veya eşyalara zarar veren saldırgan davranışlarından yola çıkarak gösteriyi dağıtmaması ve şiddete başvuranlarla başvurmayanları ayırıştırması gerekir. Kamusal organların bu yükümlülüğü, saldırıların bireysel niteliğini yitirerek etkinliğin tamamına sirayet ettiği ana kadar sürer. Benzer yönde bir görüş, “silahsızlık” unsuru için de ileri sürülebilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “norm alanı” dışına çıkmak, yalnızca ilgili etkinliğe silahla gelinmesine bağlı olmayıp beraberinde silah getiren eylemcilerin davranışları ve sayısı da güvenlik kuvvetlerince hesaba katılmalıdır. Kısacası, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının güvence alanı belirlenirken, etkinliğin “silahsız” ve “saldırızsız” olmasının kişiler

¹³⁹ Erkan Duymaz, **a.g.e.**, s. 276.

bakımından hak, devlet için ise bir yükümlülük olduğu göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT Olgun, “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri”, in Sibel Inceoğlu (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, Ekim 2013, s. 381-423.
- ALEXY Robert, **A Theory of Constitutional Rights** (Trans. by Julian Rivers), Oxford University Press, Oxford-New York, 2004.
- ANAYURT Ömer, **Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998.
- ATAKAN Arda, “Friedrich Müller’in “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **MÜHF – HAD**, C. 16, S. 3-4, 2010, s. 3-27.
- ATALAY Esra, **Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü**, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1995.
- BERGMANN Reinhard, Artikel 8, in Dieter Hömig (Hrsg.), **Grundgesetz Kommentar**, Nomos Verlag, 8. Auflage, Baden–Baden, 2007, § 1-17, s. 129-137.
- CANPOLAT Can, “Der strafrechtliche Gewaltbegriff in rechtsvergleichender Sicht”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Güz 2020, s. 73-85.
- DEPENHEUER Otto, Artikel 8, in Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), **Grundgesetz-Kommentar**, Band I, C. H. Beck Verlag, 95. Lieferung, München, Juli 2021, § 1-210.
- DUYMAZ Erkan, “Gezi Parkı Çıkmazında Demokrasi ve İnsan Hakları”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 4, 2016, s. 265-288.
- EKİNCİ Bezar Eylem, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı”, **AÜHFD**, C. 68, S. 4, 2019, s. 753-794.
- EPPING Volker, **Grundrechte**, Springer Verlag, 8. Auflage, Hannover, 2019.
- GERAY Cevat, “Türkiye’de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi”, **AÜSBFD**, C. 14, S. 4, 1959, s. 100-118.
- GÖREN Zafer, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 6, S. 12, Güz 2007/2 s. 39-59.
- GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim 2017.

- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması – Kamu Hukukçuları Platformu (29-30 Eylül 2012)** – TBB Yayınları, Ankara, Eylül 2013, s. 15-119.
- GUSY Christoph, Artikel 8, in Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Band II, Franz Vahlen Verlag, 5. Auflage, München, 2005, § 1-93, s. 797-845.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **AÜSBFD**, C. 57, S. 2, Nisan-Haziran 2002, s. 17-40.
- HÖFLING Wolfram, Artikel 8, in Michael Sachs (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2009, § 1-73, s. 419-443.
- İNCE Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5, 2015, s. 517-553.
- İŞGÖREN Ali, **Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- İTİŞGEN Rezzan, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Eylül 2013.
- JARASS Hans D., Artikel 8, Jarass/Pieroth (Hrsg.), **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, § 1-25, s. 267-277.
- KANADOĞLU O. Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- KANG Tae-Soo, **Der Friedlichkeitsvorbehalt der Versammlungsfreiheit**, Dissertation Universität Bonn, 1993.
- KANNENGIEßER Christoph, Artikel 8, in Hans Hofmann/Axel Hopfauf (Hrsg.), **Kommentar zum Grundgesetz**, Carl Heymanns Verlag, 11. Auflage, München, 2008, § 1-18, s. 317-323.
- KARAN Ulaş, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.
- KILINÇ Ümit, “Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri”, **TBB Dergisi**, S. 110, Ocak-Şubat 2014, s. 281-304.
- KÜLÇÜR Erdem İzzet, **Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla Çevreci Terörizm**, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, Kasım 2020.

- MAGNUS Dorothea, “Der Gewaltbegriff der Nötigung (§ 240 StGB) im Lichte der neuesten BVerfG- Rechtsprechung”, **NStZ**, 32. Jg., Heft 10, 2012, s. 538-543.
- MAUNZ Theodor/ZIPPELIUS Reinhold, **Deutsches Staatsrecht**, C.H. Beck Verlag, 30. Verlag, München, 1998.
- MÜLLER Friedrich, **Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri**, Çeviren: Fazıl Sağlam, Bertil Emrah Oder, O. Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Yayına Hazırlayan: Fazıl Sağlam, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2009.
- ODER Bertil Emrah, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması– Kamu Hukukçuları Platformu (29-30 Eylül 2022)** – TBB Yayınları, Ankara, Eylül 2013, s. 121-214.
- ÖZDEMİR Y. Metin, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, 2014, s. 413-442.
- ÖZENÇ Berke, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, **İÜHFM**, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 87-133.
- RIPKE Stefan, **Europäische Versammlungsfreiheit**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2012.
- SAĞLAM Fazıl, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, C. 18, https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fsaglam.pdf, Son Erişim: 10 Ocak 2022.
- SAĞLAM Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.
- SAĞLAM Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 18, 2002, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/939124>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.
- SCHRÖDER Ulrich Jan, “Der Schutzbereich der Grundrechte”, **Juristische Arbeitsblätter**, 48. Jg., Heft 9, 2016, s. 641-648.
- SCHULZE FIELITZ-Helmuth, Artikel 8, in Horst Dreier (Hrsg.), **Grundgesetz Kommentar**, Band I, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2006, § 1-131, s. 883-935.

- SEZEN DÜNDAR Tijen, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, 2014, s. 375-411.
- SODAN Helge, Artikel 8, in Helge Sodan (Hrsg.), **Beck’scher Kompakt-Kommentar**, C.H. Beck Verlag, München, 2009, § 1-15, s. 102-108.
- ŞEN Ersan, “Kimliğini Gizlemek Amacıyla Yüzünü Örtme”, **Yorumluyorum-9**, Seçkin Yayınları, Ankara, Haziran 2015, s. 69-72.
- ŞİRİN Tolga, **30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Eylül 2013.
- ŞİRİN Tolga, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 7, 2020, s. 43-146.
- TANYAR Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, **AÜHFD**, C. 60, S. 3, 2011, s. 593-634.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, Nisan 2021.
- UYGUN Oktay, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- VON ALEMANN Florian/SHEFFCZYK Fabian, “Aktuelle Fragen der Gestaltungsfreiheit von Versammlungen”, **Juristische Arbeitsblätter**, 45. Jg., Heft 6, 2013, s. 407-413.
- VON MÜNCH Ingo, **Grundbegriffe des Staatsrechts I**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1979.
- ZABUNOĞLU H. Gökçe, “AIHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, **AÜHFD**, C. 66, S. 3, 2017, s. 627-658.
- ZEITLER Stefan, **Grundriss des Versammlungsrechts**, Neuer Medienverlag, Norderstedt, 2015.
- Mahkeme Kararları**
- İHAM Kararları**
- Barankevich/Rusya Kararı**, İHAM, 10519/03, 26/10/2007, § 1-46.
- Berladir ve Diğerleri/Rusya Kararı**, İHAM, 34202/06, 10/7/2012, § 1-62.
- Budaházy/Macaristan Kararı**, İHAM, 41479/10, 15/3/2016, § 1-45.
- Bukta ve Diğerleri/Rusya Kararı**, İHAM, 25691/04, 17/10/2007, § 1-49.
- Disk ve Kesk/Türkiye Kararı**, İHAM, 38676/08, 29/4/2013, § 1-48.
- Djavit An/Türkiye Kararı**, İHAM, 20652/92, 9/7/2003, § 1-87.
- Gül ve Diğerleri/Türkiye Kararı**, İHAM, 4870/02, 8/9/2010, § 1-53.
- YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

- Gün ve Diğerleri/Türkiye Kararı**, İHAM, 8029/07, 18/6/2013, § 1-93.
Handyside/Birleşik Krallık Kararı, İHAM, 5493/72, 7/12/1976, § 1-67.
Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya Kararı, İHAM, 37553/05, 15/10/2015, § 1-193.
Ouranio Toxo ve Diğerleri/Yunanistan Kararı, İHAM, 74989/01, 20/1/2006, § 1-44.
Oya Ataman/Türkiye Kararı, İHAM, 74552/01, 5/3/2007, § 1-52.
Protopapa/Türkiye Kararı, İHAM, 16084/90, 6/7/2009, § 1-128.
Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İlinde/Bulgaristan Kararı, İHAM, 29221/95 ve 29225/95, 2/1/2002, § 1-124.
- Alman Mahkeme Kararları**
“Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Brokdorf Kararı: Toplanma Özgürlüğünün Kapsamı Üzerine”, Çeviren: Berke Özenç, **TAÜHFD**, C. 1, S. 2, 2019, s. 269-270.
BVerfGE, 73, 206, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073206.html>, Son Erişim: 10 Ocak 2022, § 1-104.
BVerfGE, 104, 92, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv104092.html>, Son Erişim: 10 Ocak 2022, § 1-96.
VG Göttingen, Urt. v. 20.3.2017- 1 A 193/16, BeckRS 2017, 150060, § 1-61.
- Türk Anayasa Mahkemesi Kararları**
AYMK E. 2008/111, K. 2010/22, 28.1.2010.
AYMK, E. 2012/100, K. 2013/84, 4.7.2013.
Ali Demirci ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2015/16311, 20/9/2018, § 1-64.
Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2013/3924, 6/1/2015, § 1-158.
Dilan Ögüz Canan Başvurusu, AYM, 2014/20411, 30/11/2017, § 1-69.
Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2014/920, 25/5/2017, § 1-99.
Emre Soyaslan Başvurusu, AYM, 2013/2394, 18/4/2019, § 1-53.
Ferhat Üstündağ Başvurusu, 2014/15428, 17/7/2018, § 1-86.
Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2017/15845, 21/1/2021, § 1-81.
Güral Doğan Başvurusu, AYM, 2015/7453, 18/4/2019, § 1-58.
Osman Erbil Başvurusu, AYM, 2013/2394, 25/3/2015, § 1-79.
Ömer Faruk Akyüz Başvurusu, AYM, 2015/9247, 4/4/2018, § 1-86.
Rıza Gökçen Erus ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2014/17391, 19/4/2018, § 1-85.

Selahattin Demirtaş Başvurusu (9), AYM, 2017/28948, 15/6/2021, § 1-76.

Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2017/32534, 21/1/2021, § 1-80.

Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadaş Başvurusu, AYM, 2015/10676, 26/12/2018, § 1-68.

Diğer Kaynaklar

<https://dejure.org/gesetze/VersG>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

<https://hudoc.echr.coe.int/>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

www.verfassungen.eu, Son Erişim: 10 Ocak 2022.

¶ REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU
(THE OFFENSE OF SEXUAL INTERCOURSE WITH A MINOR)

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan * **

ÖZ

Öğretide ve Yargıtay kararlarında söz konusu suç tipinin uygulanma koşullarıyla ilgili çok farklı görüşlerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu durum bu suç tipinin yazımındaki özensiz dilden ve yazarların cinsel ilişki kavramına verdikleri farklı anlamlardan kaynaklanmaktadır. Bu suçla korunan hukuksal değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığıdır. Suçun faili kadın veya erkek olabilecektir. Suçun failinin 18 yaşını tamamlamış olması veya reşit olması zorunlu değildir. Suç teşkil eden “fiilin işlendiği anda” 15 yaşını doldurmuş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olan erkek veya kız çocuk, bu suçun mağduru olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay cinsel ilişkiyi “erkeğin cinsel organının kadınının vajinasına veya anüsüne sokulması veya erkeğin cinsel organın başka bir erkeğin anüsüne sokulması olarak” tanımlamış olsa da, kanaatimizce “organ veya sair bir cismin” “vücuda sokulması veya sokturulması” suretiyle gerçekleşen her türlü ilişkinin cinsel ilişki olarak kabul edilmesi ve sadece “erkeğin cinsel organı” üzerinden yapılacak tanımlamalardan vazgeçilmesi gerekir. Kanuni tipte cinsel ilişkinin mağdura yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. Söz konusu hüküm bu haliyle “mağdurun cinsel ilişkiye diremediği her durumda cinsel ilişkiye rızasının da olduğu” şeklinde geleneksel, hatalı bir ön kabulü bünyesinde barındırmaktadır. Burada olması gereken, kanuni tipte “mağdurun rızasının bulunmasına” açıkça yer verilmesidir. Manevi unsur bakımından, failin cinsel saiklerle, şehvet maksadıyla, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket edip etmemesi hukuken bir önemi haiz değildir. Bu suç tipi bakımından evlilik birliği içinde karı koca arasında gerçekleşen cinsel ilişkiler hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 14.02.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 04.04.2022. Onaylanma Tarihi: 13.04.2022

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0443-882X.

Eserin Atf Şekli: Onur Özcan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.303-390.

Bu suçta üç ayrı nitelikli hal mevcuttur. Nitelikli haller ortaya çıktığında hem suçun takibi resen yapılacak hem de hapis cezasının süresi ağır bir biçimde artmış olacaktır. Bu suç teşebbüse elverişlidir. Bu suçta başta müşterek faillik olmak üzere iştirakin her türünün gerçekleşmesi hukuken ihtimal dahilindedir. Bu suçun basit hali bakımından şikayet hakkı, ayırt etme gücüne sahip mağdur çocuğa aittir.

Anahtar Kelimeler: cinsel suçlar, reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuk, rıza

ABSTRACT

It is seen by the doctrine and High Court decisions that there are various opinions regarding the conditions of application of this offense in question. This is due to the inattentive language in the writing of this type of offense and the different meanings that the authors give to the concept of sexual intercourse. The theory of legal interest in this offense is the sexual inviolability of the child. The perpetrator of this offense can either be a woman or a man. The perpetrator does not need to be over 18 years of age or be an adult. A boy or a girl who has completed the age of 15 at the time of the criminal act and who has developed the ability to perceive the legal meaning and consequences of the act and to direct their behavior is regarded as the victim of this offense. Although the High Court defines sexual intercourse as “the insertion of a man’s genitalia into the woman’s vagina or anus or the insertion of a man’s genitalia into another man’s anus”, in our opinion, any kind of intercourse that occurs by “inserting or making someone to insert” “an organ or another object” into the body should be considered as sexual intercourse and the idea of defining the sexual intercourse only through “a male’s sexual organ” should be abandoned. It was sought on the law that sexual intercourse should be carried out without coercion, threat, deceit, or any other reason affecting the will of the victim. This version of the provision embodies the traditional and inaccurate premise that “in any case where the victim does not resist sexual intercourse, there also is a consent to sexual intercourse”. What needs to be done here is to clearly include the “existence of the victim’s consent” to the provision. With regards to the moral element, it is not legally important whether the perpetrator acts with a sexual motive or with the aim of lust or satisfying his sexual desires. In terms of this type of offense, sexual relations between a husband and wife in a marriage union will benefit from the exercise of the right as a lawful justification. There are three mitigating circumstances of offense for this offense. When these forms

arise, both the prosecution will be carried out ex officio and the duration of the prison sentence will be increased severely. For this type of offense, it is possible that all forms of complicity, especially being a joint perpetrator will take place. In the simple sense of this offense, the right to complain belongs to the child victim who has the mental competence.

Keywords: *sexual offenses, sexual intercourse with a minor, child, consent*

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu konusunda öğretide ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan farklı görüşleri aktarmak suretiyle yeni bir bakış açısıyla konunun değerlendirilmesini sağlamaktır.

Öğretide ve Yargıtay kararlarında söz konusu suç tipinin uygulanma koşullarıyla ilgili çok farklı görüşlerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu durum bu suç tipinin yazımındaki özensizlikten ve bireylerin cinsel ilişki kavramına verdikleri anlamdan kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce, yeni bir bakış açısıyla cinsel suçları açıklamaya çalışan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte kaldığı dönemin bakış açısıyla yorumlamaya çalışmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira cinselliğin erkek egemen bir bakış açısı altında, erkeğin cinsel organı üzerinden tanımlanması ve bu suretle yorumlanması, bireylerin cinsel özgürlüklerine büyük zarar verecek, faydadan çok zararlı sonuçları olacaktır.

Aşağıda klasik suç tipi inceleme metoduna başvurularak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu detaylı bir şekilde analiz edilmeye çalışılmıştır.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUSAL DEĞER

Bu suçla korunan hukuksal değer, 15 yaşını tamamlamış “çocukların cinsel dokunulmazlığı”dır¹. Zira bireyin cinsellikle ilgili özgürce verdiği bir

¹ Öğretide Ünver'e göre, cinsel suçlarla korunan hukuksal değer, bireyin özgürce cinsel tercihte bulunma hakkına dayalı olarak ortaya çıkan bireylerin cinsel özgürlüğüdür. Yazara göre sadece yetişkinlerin değil, çocukların da cinsel özgürlüğü mevcuttur. Ancak çocuklar farklı yaş gruplarında, belirli cinsel davranışlara karşı tercihlerini sağlıklı yapamayacaklarından dolayı, onların cinsel özgürlüğünü ve cinsel sağlıklarını korumak adına kanun koyucunun bazı suç tiplerine yer vermesi ve çocuğu kendisine karşı korunması doğal karşılanmalıdır (Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, in Yener Ünver (ed), **II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”**, Mayıs 2014, s. 27). Öğretide Tezcan/Erdem/Önok'a göre, bu suçla korunan temel hukuksal değer 15 yaşını doldurmuş çocuğun cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlarına verilen izin dolayısıyla

çocuğun cinsel özgürlüğüdür. Ayrıca yazarlar bu suç tipinin nitelikli halleri vesilesiyle “aile düzeninin ve gelecek nesillerin sağlığının” da korunan bir hukuksal değer olarak ortaya çıktığı görüşündedir (Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Ankara, 2021, s. 480-481). *Parlar/Öztürk*, bu suçla korunan hukuksal değeri, kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğü olarak tanımlamıştır. Yazarlar, 15 yaşını tamamlamış çocuğun gerçekleştirdiği davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olabileceğinden hareketle, mefruz cebrin varlığı kabul edilerek, çocuğun cinsel özgürlüğünü korumak adına bu suç tipine kanunda yer verildiğini ifade etmiştir (Ali Parlar / Mustafa Öztürk, **Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, İstanbul, 2018, s. 539). Aynı yönde Bknz. Ersan Şen, “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, in **Yorumluyorum-II**, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 129. *Kartal* da, bu suçla korunan temel hukuksal değerın bireylerin cinsel özgürlüğü olduğu, çocuğun kişisel, ruhsal ve bedensel gelişiminin de bu özgürlük içinde yer aldığı görüşündedir (Pınar Memiş Kartal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.m.104)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 65 Sayı: 4, s. 2086). *Doğan* da suçla korunan hukuksal değerin 15 yaşını tamamlamış çocuğun kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğü olduğu görüşündedir (Doğan, Recep, “Anlamlı Yanıt Üretilemeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı:1, s. 130). *Özen*’e göre de bu suçla korunan hukuksal değer, çocuğun cinsel özgürlüğüdür (Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 6. Baskı, Ankara, 2021, s. 396). *Kanbur*’a göre ise, bu suç tipiyle korunan hukuksal değer, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukların cinsel bütünlüğüdür. Zira bu yaş aralığındaki çocuğun temyiz kudreti olsa da cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak algılama kapasiteleri gelişmemiştir, bu sebeple onların tam bir özgürlük alanı mevcut değildir (Mehmet Nihat Kanbur, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, Yıl: 2015, Cilt: 16, Özel Sayı, s. 4142. *Beyazıt* da, kanun koyucunun asıl amacının çocukların zamansız cinsel deneyimlere karşı korunması olduğunu, yaş itibarıyla yeterince olgun düşünemeyecek durumda olan 15 yaşını tamamlamış çocuk mağdurun cinsel özgürlüğüne doğrudan müdahale edilmeden, failin ceza tehdidi altında bırakılması suretiyle çocuğun dolaylı olarak korunmaya çalışıldığı bir yapının söz konusu olduğunu ifade edip, netice olarak suçla korunan hukuksal değerin 15 yaşını doldurmuş çocukların cinsel özgürlüğünden ziyade onların cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmiştir (Özgür Beyazıt, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı:1, s. 296). *Köksal* da mağdurun rızası üzerine kurulmuş bu suç tipi bakımından suçla korunan hukuksal değerin cinsel özgürlük olarak ortaya konulmasını bir çelişki olarak gördüğünü ifade edip, bu suçla korunan hukuksal değerin çocuğun doğru düzgün cinsel gelişimi olduğunu iddia etmektedir (Atacan Köksal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Prof. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015, s. 689). Öğretide *Özbek/Doğan/Bacaksız* bu suçla korunan hukuksal değerin çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi olduğu görüşündedir (Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Bası, Ankara, 2020, s. 378). *Sevük*’e göre, suçun temel şekli bakımından suçla korunan hukuksal değer, çocuğun cinsel özgürlüğü ve çocuğun yararadır; ancak suçun temel şeklinde bir yandan çocuğun rızasına itibar edilip *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

karardan, sonraki bir aşamada “şikayet yoluyla” dönebiliyor olması, kanun koyucunun bir “özgürlük alanı” yaratmaktan ziyade 15 yaşının tamamlamış çocuklarla ilgili bir “dokunulmazlık alanı” yaratmayı amaçladığını göstermektedir². Zira kanun koyucunun bu suçun potansiyel faillerine

diğer yandan aynı çocuğun şikayeti üzerine failin cezalandırılması yoluna gidilmesi esasen çocuğun yararı amacıyla hareket edildiğini ve çocuğun cinsel dokunulmazlığının korunduğunu ortaya koymaktadır (Handan Yokuş Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 170). *Koca/Üzülmez*'e göre, bu suç tipi mağdurun yaşı itibarıyla cinsel olgunluğa ulaştığı ancak fiilin anlam ve sonuçlarını sağlıklı değerlendirme kabiliyetinin tam olarak gelişmemiş olabileceği düşünülerek düzenlendiğinden ve bu suç tipiyle 15 yaşını tamamlamış çocukların erken yaşta cinsel deneyimden korunmasını amaç edinildiğinden, bu suçla korunan hukuksal değer çocuğun cinsel dokunulmazlığıdır (Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 374). *Pekmez*'e göre, 15 yaşını doldurmuş olan ve böylece yaşı itibarıyla cinsel olgunluğa erişmiş olan ancak hala yaşı itibarıyla cinsel yönden sağlıklı karar verme mekanizması yeterince gelişmemiş olan çocukların tam bir cinsel özgürlüğe sahip olduklarından söz edilemeyeceğinden, bu suçla korunan hukuksal değer, bu çocukların cinsel özgürlüğü değil; bu çocukların kendilerinden yaş itibarıyla ve cinsel olgunluk yönünden gelişmiş olan kişilerin cinsel yönden sömürü olarak nitelendirilebilecek fiillerinden korunması, bu çocukların cinsel dokunulmazlıklarıdır (Kelep Tuba Pekmez, “Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen ‘Rızaya Dayalı’ Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 8, Sayı: 2, s. 189-190). *Özgenç*'e göre, cinsel suçlarla ilgili olarak korunan hukuksal değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır, cinsel özgürlük kavramının kullanılmaması ise bilinçli bir tercihin ürünüdür (İzzet Özgenç, “Cinsel Suçlar”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 24, Sayı: 1, s. 260). *Aksakal* da suçla korunan hukuksal değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğu görüşündedir (Enver Aksakal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt 88, Sayı: 2, s. 258). Aynı yönde Bknz. Murat Aydın, **Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 101. Öğretide *Peker* ise bu suç tipiyle ne çocuğun cinsel dokunulmazlığının ne de cinsel özgürlüğünün korunduğu düşüncesindedir. Yazara göre bu suç tipiyle çocuğun gelişimi ve yararı korunmaktadır (İlbiçe Selcen Peker, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 19). Öğretide *Kantarıcı*, *işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin yasaklanması ile çocuğun cinsel özgürlüğünün korunduğunu söylemenin tutarlı olmayacağından ve bu suçla çocuğun düzgün cinsel gelişimi korunuyor ise suçun neden şikayete tabi kılındığı anlaşılamadığından* bahisle bu suçla korunan bir hukuksal değer olmadığı, bu maddenin yürürlükten kaldırılması gerektiği görüşündedir (Nurullah Kantaracı, **Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 58-59).

² Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir: *İtiraz konusu kuralın, onbeş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince*

kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>).

Hukumumuzda 15 yaşını tamamlamış olan çocukların fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu kabul edildiğinden, bu yaş grubunda yer alan çocukların cinsel olgunluğa ve farkındalığına da ulaştığını iddia edip, sonrasında algılama ve irade yeteneklerinin veya kişiliklerin yeterince gelişmemiş olabileceğinden ve cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olamayacaklarından hareketle, bu çocukla yaşanan cinsel ilişkiyi suç sayıp algılama ve irade yeteneği veya kişiliği yeterince gelişmemiş olabilecek olan bu mağdura daha sonra da fiili şikayet hakkı tanımak büyük bir çelişkidir. Kanaatimizce, bu yaş grubundaki mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girebileceğinin düzenleme altında alındığı bir hukuk sisteminde, bu mağdurun hem cinsel olgunluğu ve farkındalığının mevcut bulunduğu hem de cinsel ilişkinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını bu yönde yönlendirme yeteneğini haiz olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda bu hükmün konuluş amacını mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği üzerinden değerlendirmek çelişkili ve hatalı sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Burada suç tipini “mağdurda cinsel ilişki sonrasında ortaya çıkan kullandığına, sömürüldüğüne, istismar edildiğine yönelik olumsuz duygu durumu” üzerinden değerlendirmek kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Bu duygu durumu cinsel ilişki sonrasında yetişkin kimselerde de ortaya çıkabilecektir. Yetişkin kimseler de bir anlık heyecan ve hevesle “sonraki neticelerini düşünemedikleri” cinsel ilişkiler yaşayıp, bundan pişman olup kendilerinin kullanıldığını, sömürüldüğünü, istismar edildiğini düşünebilirler. Ancak hala çocuk statüsünde olan bireylerde ortaya çıkan bu olumsuz duygu durumu ve bu duygu durumunun çocuğun gelişimi üzerinde ortaya çıkaracağı olumsuz neticeler kanun koyucu tarafından cezalandırmaya layık ve muhtaç olarak nitelendirilmişken yetişkinler bakımından bu durum ceza hukukunun konusu haline getirilmemiştir. Bu bağlamda çocuğun hukuki yararlarının yetişkin kişilerin hukuki yararlarından daha üstün tutulduğu görülmektedir. Öğretide Akdağ da bizim görüşümüze benzer bir biçimde bu suçla amaçlananın *anlık bir merak veya dürtüyle cinsel ilişkiye giren, ancak psikolojik olarak bu fiilin tüm sonuçlarını hazmedemeyen çocuğu korumak* olduğu görüşündedir (Hale Akdağ, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 5, Sayı: 9, s. 171). Hiç kuşkusuz failin 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocuk olduğu durumlarda, çocuk failin ceza soruşturmasıyla karşı karşıya kalması onun da sağlıklı gelişimi açısından bazı sorunlar ortaya çıkarabilecektir. Ancak anlaşılan kanun koyucu cinsel ilişkiye girme hususunda aktif olan bu çocuğunun ruhsal ve sosyal yönden yaşayacağı sıkıntıları görmezden gelmiş veya mağdurun yaşadığı sıkıntılar karşısında bunları önemsiz görmüştür. Öğretide Akdağ da haklı olarak 15 yaşını tamamlamış iki çocuk arasındaki cinsel ilişkide sadece pasif olan çocuğun zarara uğrayacağı düşüncesinin toplumun genel ahlak algısıyla uyumlu olduğu, fakat bu düşüncenin doğruluğunun tartışılması gerektiği görüşündedir (Akdağ, s. 179). Öğretide Köksal cinsel ilişkiye rızanın söz konusu olduğu bir suç tipinde, 15 yaşını doldurmuş bir çocuğun istismara uğradığından iddia edilmesinin hatalı olacağı görüşündedir (Köksal, s. 697). Oysaki rızaya dayalı birçok hukuki ilişkide (örneğin gabin, tefecilik gibi) sömürü ve

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

verdiği mesaj, mağdurun sonradan değişebilecek olan iradesine güvenerek bir cinsel ilişki içinde bulunmamaları, böyle bir harekette bulunuyorlarsa bunun cezai sonuçlarına katlanmaları yönündedir³. Gerçekten de bu suç tipi neticesinde cinsel yönden yeni farkındalığa ulaşmış, cinsel yönden halen sömürüye açık konumda olabileceği düşülen mağdura, cinsel yönden bir sömürüye maruz kalıp kalmadığını cinsel ilişki sonrası bir değerlendirme hakkı tanınmıştır⁴. Nitekim bu suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı

istismarın olabileceği, bu sömürü ve istismarın bazen rızaya dayalı bu hukuki işlemin iptaline veya cezalandırılmasına bile neden olabileceği bilinmektedir. Yani hukuken rıza varsa, istismar yoktur şeklinde genel bir yaklaşım doğru değildir. Nitekim çocuğun cinsel istismarında da 15 yaşını tamamlamamış olan çocuk fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilir ve eyleme rızası da söz konusu olabilir; ancak bu durum çocuğun istismar edilmediği anlamına gelmeyecektir. Zaten günlük hayatta da 15 yaşını tamamlamış birçok çocuğun rızalarıyla gerçekleştirdikleri cinsel ilişki sonrasında çeşitli sebeplerle kendilerini istismar edilmiş hissettikleri görülmektedir. İşte tam bu noktada bu suç tipi şikayet hakkını 15 yaşını tamamlamış çocuğa vererek rızaya dayalı cinsel ilişki sonrası çocuğun karşılaştığı mağduriyetin ceza hukuku aracılığıyla giderilmesi adına bir sistem ortaya koymaktadır. Sistemin doğruluğu veya yanlışlığı, gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bunu yapabilmek adına ilk önce sistemi anlamak şarttır. Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu mevcut yapısı itibariyle 15 yaşını doldurmuş, temyiz gücüne sahip bir çocuğun “erken yaşlarda yaşadığı cinsel ilişkinin onun gelişimi ve sağlığı açısından her daim olumsuz etkileri olacaktır” şeklinde bir hipotezi kabul etmediği için çocuğun şikayetine dayalı bir sistem ortaya koymuş ve çocuğun cinsel dokunulmazlığını çocuğun kendisine rağmen korumamak istememiş ve çocuğa bu konuda bir takdir hakkı vermiştir.

³ *Beyazıt* da bu hükmün 15 yaşını doldurmuş çocuklarla rızaya dayalı cinsel ilişkiye girecek faili bu ilişkiye girmeden önce iki kez düşünmeye zorladığı görüşündedir (*Beyazıt*, s. 307). Öğretide *Aksakal*, failin cezalandırılıp cezalandırılmamasının cinsel ilişkiye baştan rıza gösteren 15 yaşını tamamlamış çocuğun keyfiyetine bırakılmış olmasını, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamında yer alan belirlilik ilkesine aykırı görmektedir (*Aksakal*, s. 274).

⁴ Kanaatimizce, bu hüküm çocuğun cinsel yönden sömürüldüğü durumların cezalandırılmasını temin etmek adına kabul edilmiş olan Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'yle, (özellikle de bu sözleşmenin 18. maddesinin 3. fıkrasıyla) uyumsuz değildir. Burada sadece sömürülmenin söz konusu olup olmadığı yönünde verilecek karar, çocuk mağdurun eylem sonrasındaki kendi hissiyatına ve iradesine bırakılmıştır. Rızasıyla cinsel ilişkiye girmiş 15 yaşını tamamlamış bir mağdur birçok sebeple kendini kullanılmış, sömürülmüş, istismar edilmiş hissedebilir. Bu hissiyatın tatmini adına getirilen bu düzenlemenin derinlemesine düşünüldüğünde kendi içinde tutarsız bir yanı yoktur. Burada sorun ceza hukukunun mağdur çocuğun yaşadığı olumsuz duygu durumuna müdahale etmesi gereklimediği ve çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı noktasındadır. Yoksa mağdurun önceden rıza verdiği cinsel ilişkiden koşulların değişmesi sonrası çok pişman olması bir tutarsızlık olarak değerlendirilmez. Örneğin sözlü bir evlenme vaadinin hile teşkil etmediği bir durumda, kendini kandırılmış ve sömürülmüş

bulunan kişi tarafından işlenmesinin veyahut da evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesinin şikayete tabi kılınmamış olması da, bu suç tipiyle korunan temel hukuksal değerın mağdurun cinsel dokunulmazlığı olduğunun kanıtı niteliğindedir⁵. Kanaatimizce, çocuklar için oluşturulmuş olan bu cinsel dokunulmazlık alanı, çocuğun üstün yararlarını ve sağlıklı gelişimi de dikkate alarak oluşturulduğundan, “çocuğun kişisel, ruhsal, bedensel ve sosyal bakımdan sağlıklı gelişimi” ayrıca korunan bir hukuksal değer olarak değil, çocuğun cinsel dokunulmazlığı kavramı içinde değerlendirilmelidir⁶.

Esasında cinsellik ne ahlaki yönü ağır basan toplumsal bir değerdir ne de ailevi yönü ağır basan belirli bir gruba ait bir değerdir⁷. Bu yüzden de eski

hisseden mağdurun şikayet yoluyla cezai süreci başlatmasında hiçbir tutarsızlık yoktur. Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi) kendi içinde bir ön kabul hareket etmektedir. Bu ön kabule göre iki çocuk arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkide bir sömürü yoktur, bu yüzden de bu tarz ilişkiler sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak sözleşmenin çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerle ilgili yapılacak düzenlemeleri yasakladığını söylemek doğru olmayacaktır. Bu durum devletlerin takdir hakkı kapsamındadır.

⁵ *Sevük*'e göre de suçun nitelikli halleri bakımından korunan hukuksal değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve çocuğun yararlarıdır (Sevük, s. 172).

⁶ Öğretide *Taner*, bu suçla korunan hukuksal değerın “çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi” olduğunu ifade etmektedir (Bknz. Fahri Gökçen *Taner*, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, 2. Bası, 2017, s. 366). Aynı yönde Bknz. Köksal, s. 689). Kanaatimizce, bu suçla korunan hukuksal değerın sadece çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olarak addedilmesi yerinde değildir, zira erken yaşlarda gerçekleşen bu ilişki sadece çocuğun cinsel gelişimini etkilemeyecektir. Erken yaşlarda gerçekleşen bu ilişki çocuğun cinsel gelişiminin yanında, onun bedensel, ruhsal ve sosyal yönden “mevcut” huzurunu ve iyi olma halini olumsuz yönde etkileyebileceği gibi bedensel, ruhsal ve sosyal yönden “gelecekteki” gelişimini de olumsuz yönde etkileyebilecektir. İşlenen suçun cinsellikle bağlantılı olması sebebiyle etkilerinin de sadece çocuğun “cinsel gelişimi” ile bağlantılı olacağını düşünmek doğru bir bakış açısı değildir.

⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen bu suç tipi, o dönemde “adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlığı altında 8. bapta cezalandırılmaktaydı. O dönemde işlenen cinsel suçların “genel ahlaki ve aile düzenini” ilgilendirmesi kanun koyucunun suçla korunan hukuksal değer bakımından konuya bakış açısını açıkça ortaya koyması bakımından önemlidir. Kanaatimizce, aşağıda da detaylı bir biçimde açıklanacağı üzere bugünkü yargı uygulamasıyla şikayet hakkı çocuk mağdura bırakıldığı için bu suç tipinin “genel ahlak ve aile düzeni” ile bağlantısı önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Suçun esas mağduru olan bireyi ikinci plana atan, toplumsal niteliği haiz değerleri ön plana çıkararak suçun mağdurunu toplum olarak kabul eden bu bakış açısından kurtulmuş olunması yerinde bir gelişmedir. Ayrıca cinsel suçların 1987 ve 1989 *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

ceza kanunda “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlığı altında sekizinci bapta düzenlenmiş bu suç tipinin bugün “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olması kanaatimizce önemli ama yeterli olmayan bir gelişmedir. Esasen cinsellik aynı zamanda bir tercih ve özgürlük sorunu da olduğu için bu felsefenin hukuk düzenince kabulü ve daha kapsayıcı bir hukuksal değer ortaya koymak adına, cinsel özgürlük kavramının sadece negatif yönünü yansıtan “cinsel dokunulmazlık” kavramı yerine “cinsel özgürlük” kavramının tüm cinsel suçlar bakımından korunan bir hukuksal değer olarak ortaya konması, Türk Ceza Kanunu’nun 2. kısım 6. bölüm başlığının değişmesi gerektiği görüşündeyiz.

II. SUÇUN UNSURLARI

Bu başlık altında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsuru, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru, nitelikli halleri ve özel görünüş biçimleri açıklanacaktır.

A. SUÇUN MADDİ UNSURU

Bu başlık altında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili, mağduru, konusu ve fiil unsuru detaylı bir biçimde açıklanmaya çalışılacaktır.

1. SUÇUN FAİLİ

Yargıtay’a göre bu suçun faili sadece erkekler olabilir. Bunun sebebi, Yargıtay’ın cinsel ilişkiyi klasik bakış açısı altında erkek kimliği üzerinden tanımlama çabasıdır. Bu bağlamda, bu bakış açısı altında failin kadın olduğu durumlarda bu suç tipinin işlenmesi mümkün olmadığından bir kadının bir erkeğe karşı veya bir kadının bir başka kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün görünmemektedir⁸. Oysaki kanaatimizce, 765 sayılı eski ceza

tarihli Ceza Kanunu Ön Tasarıları’nda “Genel Ahlak ve Adaba Karşı Suçlar”, 1997 ve 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarıları’nda “Cinsel Özgürlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar”, 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nda “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” başlığı altında “topluma karşı işlenmiş suçlar” olarak nitelendirildiği tarihsel bir gelişim sürecinde (reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından Türk Ceza Kanunu Tasarıları’nın detaylı analizi ve değerlendirilmesi adına Bknz. Kantarcı, s. 28-31), bu değişim kanaatimizce çok değerli bir niteliği haizdir.

⁸ Öğretide *Baytemir* de aynı Yargıtay gibi bu suçun failin sadece erkek olabileceği görüşündedir (Erdal Baytemir, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Ankara, 2019, s. 485). Öğretide *Tezcan/Erdem/Önok* bu suçun failinin kadın olabileceğini kabul etmekle birlikte, söz konusu yazarlar kanunda cinsel ilişki kavramı kullanıldığından, cinsel ilişkinin de erkek cinsel organının vajinal veya anal yoldan mağdurun vücuduna sokulması veya sokturulması suretiyle ancak gerçekleşebileceğinden bahisle, bir kadının başka bir kadına karşı bu suçu işlemesinin mümkün olmayacağı görüşündedir. Söz konusu yazarlara göre,

kanununun eski bakış açısının bir uzantısı şeklinde devam eden Yargıtay içtihatlarının artık bir geçerliliği olmamalıdır. Yeni ceza kanunu bakış açısı altında artık kadınlar da cinsel suçların faili olabileceklerinden bir kadın da 15 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel ilişki içinde bulunduğu bu suçu işleyebilmelidir⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de failin erkek veya kadın olabileceğini görüşündedir¹⁰.

Kanunda failinin yaşıyla ilgili herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer verilmemiş olduğundan, bu suçun failinin sadece 18 yaşını tamamlamış bir kimse¹¹ veya reşit olan bir kimse¹² olabileceğini söylemek hukuken doğru

yetişkin bir kadın ancak 15 yaşını tamamlamış çocuğun rızasıyla penisini vajinal veya anal yoldan kendisine sokması halinde bu suçun faili olabilecektir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 481). *Taner*'e göre de, bu suçun failinin kadın olması halinde mağdurunun muhakkak erkek olması gerekmektedir. Zira yazara göre, iki kadının birbiriyle cinsel ilişkiye girmesi mümkün değildir (Taner, s. 368). Aynı yönde Bknz. Parlar/Öztürk, s. 539-540., Sevük, s. 172., Köksal, s. 691., Kartal, s. 2086-2087., Akdağ, s. 179., Özen, s. 400). Aşağıda cinsel ilişki kavramına verdiğimiz anlam itibarıyla ve görüşlere katılmamaktayız. Kadının failliğini yine erkek cinsel organı üzerinden tanımlamaya çalışmak “kadının cinsel suçlarda fail olamayacağına yönelik” eski ve köhneleşmiş bakış açısının uzantısı niteliğindedir. Kanunda yer almayan ancak zihniyetlerde yer alan bu cinsiyetçi bakış açısının doğru olmadığı, bu yönde cinsiyete dayalı kanuni bir sınırlama söz konusu olmadığı sürece maddenin eşitlik ilkesine uygun bir biçimde uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Aynı zamanda bu bakış açısı lezbiyen ilişkileri bu suç tipinin kapsamı dışında bırakıp, sadece heteroseksüel ve erkekler arasındaki homoseksüel cinsel ilişkileri cezalandırmış olacağından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil edecektir (Ayrıntı bilgi için Bknz. Aksakal, s. 272-274). *Kantarıcı* da ayrımcılık yasağına aykırı olan bu düşüncenin kabul edilmesi halinde, ülkemiz özelinde heteroseksüel ve erkek eşcinsel ilişkiye rıza yaşı 18 olarak, lezbiyen ilişkiye rıza yaşının ise 15 olarak ortaya çıkacağını ifade etmektedir (Kantarıcı, s. 88).

⁹ Aynı yönde Bknz. Ünver, s. 43-44., Kanbur, s. 4146., Aydın, s. 103., Kantarıcı, s. 64-65.

¹⁰ *Madde'de sanık ve mağdur yönünden cinsiyet ayrımı yapılmamıştır*

(Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve E. 2005/103, K. 2005/89 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/89?EsasNo=2005%2F103>).

¹¹ Öğretide bir grup yazar, bu suçun failinin ancak 18 yaşını doldurmuş bir kimse olabileceği görüşündedir (Kanbur, s. 4146-4147., Taner, s. 375-376., Koca/Üzülmez, s. 375-376., Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, 2021, s. 71., Özgenç, s. 267, 4 no'lu dipnot., Aydın, s. 104., Kantarıcı, s. 67-68., Ali Tanju Sarıgül, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 2, s. 741. Öğretide *Köksal*, bu suçun failinin 18 yaşını tamamlamış olması gerektiği, aksi halde tek bir suç tipinde fail ve mağdur sıfatlarının birleşeceği, şikayet hakkının kime ait olduğu hususunda sorunların ortaya çıkacağı ve her iki çocuğun cezalandırılması gibi anlamsız sonuçlarla karşılaşılacağı görüşündedir (Köksal, s. 692-695). Öğretide *Aksakal* maddenin konuluş amacının 15 yaşını doldurmuş çocuğun cinsel dokunulmazlığını kendinden yaşça büyük olanlar karşısında korumak olduğundan ve kanuni tipte sadece yaş üzerinden bir düzenleme *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

olmaz¹³. Aynı gerekçeyle 15 yaşını tamamlayan ancak 18 yaşını tamamlamamış bir çocuk da bu suçun faili olabilir¹⁴. Ancak kanaatimizce, 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğun bu suçun faili olması mümkün görünmemektedir¹⁵. Zira böyle bir durumda, 15 yaşını tamamlamamış

yapıldığından hareketle, failin mahkeme kararıyla veya evlenmeyle reşit olmasının bu düzenleme karşısında bir anlamı olmayacağı, failin mutlaka 18 yaşını tamamlamış olması gerektiği görüşündedir (Aksakal, s. 261-262).

¹² *Tezcan/Erdem/Önok*, bu suçun failin “reşit olan bir kimse” olabileceği görüşündedir. Bu bağlamda yazarlara göre bu suçun faili ya “18 yaşını tamamlamış bir kimse” olacaktır ya da “18 yaşını doldurmamakla birlikte evlenmeyle veya mahkeme kararıyla reşit olan bir kimse” olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, s. 483). Aynı yönde Bknz. Özen, s. 398, 405.

¹³ *Ünver* de kanunilik ilkesi, madde metni ve gerekçesi, maddenin ilk şeklinde bulunmakla birlikte sonradan Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen fıkra metni, maddenin mülga Türk Ceza Kanunu’ndaki şekli ve karşılaştırmalı hukuk bakımından “failin 18 yaşını tamamlamış olması” şeklinde bir şartın aranmaması gerektiği görüşündedir (Ünver, s. 44). *Özbek/Doğan/Bacaksız* da haklı olarak failin “18 yaşını doldurmuş bir kimse” olarak ortaya çıkabilmesi için kanunda bu yönde açık bir düzenlenmenin mevcut bulunması gerektiği, 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun 18 yaşını tamamlamış bir kişiye karşı korunduğu bir ortamda, aynı çocuğun kendi yaş grubundaki çocuğa karşı korunmadığını iddia etmenin mantıklı olmadığını ifade etmiştir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 380-381).

¹⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre de *sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır* (Anayasa Mahkemesi’nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no’lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>). Bu konuda Yargıtay da aynı görüştedir: *...5237 sayılı TCK.nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin yaşı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlandırma bulunmadığı, 18 yaşından küçük failer tarafından da bu suçun işlenmesinin mümkün olduğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine “Atılı suçun failinin on sekiz yaşından büyük kişiler olabileceği” şeklindeki kanuni olmayan yetersiz gerekçeyle beraatine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 15.01.2015 tarihli ve E. 2014/2241, K. 2015/228 no’lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 559). *Mağdurenin ve sanığın anlatımlarına, Gediz Devlet Hastanesinin 26.5.2010 ve Kütahya Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 24.6.2010 tarihli raporlarına ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın nüfus kayıt örneğine göre 17 yaş içerisinde olup 18 yaşını bitirmeyen mağdureyi evine götürüp burada rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, eylemin bu haliyle TCK.nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraatine kararı verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 04.11.2014 tarihli ve E. 2013/1323, K. 2014/12142 no’lu kararı, www.kazanci.com).

¹⁵ *Ünver* bu suçta failin 15 yaşını doldurmamış bir kişi de olabileceğini ifade etmiştir (Bknz. Ünver, s. 45). Kanaatimizce, 15 yaşını doldurmamış bir kimseyle 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış bir kimsenin rızasıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde, 15 yaşını doldurmamış kimse bu cinsel ilişkinin aktif tarafı olsa dahi onun fail olması mümkün değildir. Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesi kapsamında, 15 yaşını doldurmamış çocuğun mağdur olarak korunduğu ve bu çocuğun rızasına hukuken

çocuk, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesi gereği cinsel istismar suçunun mağduru olarak karşımıza çıkacak ve bu sebeple reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olma vasfını yitirecektir.

Bu suç tipinin ilk halinde, failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması nitelikli bir hal olarak düzenlenmiş, söz konusu koşul gerçekleştiğinde hem cezanın iki kat artırılacağı hem de suçun resen kovuşturulacağı hüküm altına alınmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve E. 2005/103, K. 2005/89 no'lu kararı ile bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır¹⁶.

değer tanınmadığı bir durumda, bu çocuğun Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesi kapsamında fail olarak cezalandırılması mümkün görünmemektedir.

¹⁶ *İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir* (Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve E. 2005/103, K. 2005/89 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/89?EsasNo=2005%2F103>).

Anayasa Mahkemesi'nin normu iptal gerekçeleri yerindedir. İptal edilen norm esasında cinsel suçlarda suçla korunan hukuksal değer bakımından da bir geriye gidişi ortaya koymaktaydı. Zira failin mağdurdan 5 yaş büyük olduğu durumlarda hem suçun takibinin resen yapılması hem de cezanın artırılmış olması çocuk mağdura kısmen tanınan cinsel özgürlük alanının, fail ile mağdur arasında ortaya çıkan yaş farkının toplum açısından rahatsız edici boyutta bulunması sebebiyle genel ahlakın korunması bakış açısı altında, ortadan kaldırılması, çocuğun menfaatlerinin toplumun genel ahlak anlayışına feda edilmesi anlamına gelmekteydi. Aynı zamanda aralarında 5 yaş fark bulunan fail ile mağdurun sonradan evlenmesine rağmen evlilik öncesi yaşanan cinsel birliktelik sebebiyle failin resen soruşturması ve ona verilecek cezanın sırf yaşının büyüklüğü sebebiyle artırılması toplumun temel yapısı olan aile düzenini yıkıcı bir etkiye sahip olacaktı. Hiç kuşkusuz evlilikle son bulan bu tarz eylemlerin genel ahlaka aykırı olduğunun iddia edilmesi de artık mümkün olmayacaktı. Hiçbir bilimsel ve kriminolojik temele dayalı olmayan tamamen keyfi bir biçimde yürürlüğe konmuş olan bu düzenlemenin iptal edilmesi yerinde olmuştur. Öğretide Kantarcı da karşılaştırmalı hukukta, faille mağdur arasında belirli yaş farkını dikkate alan benzer nitelikteki düzenlemelerin yaşları birbirine yakın olan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkileri cezalandırmamak amacıyla öngörüldüğünü, yaş farkının eşitlik ilkesine aykırı bir biçimde cezayı artıran bir sebep olarak düzenlenmediğini ifade etmiştir (Kantarcı, s. 62). Öğretide Aksakal göre ise, iptal edilen bu düzenleme çocuğun cinsel YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Suçun failinin ve mağdurunun 15 yaşını tamamlamış ama 18 yaşını tamamlamamış olduklarında, suçun faili “aktif olan kişi” olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷. Ancak bu kıstasın sadece cinsel ilişkiye giren her iki

dokunulmazlığını korumak adına yerinde bir düzenlemeydi. Zira yazara göre yaş farkı artıkça failin mağdur üzerindeki psikolojik etkisi de artacak, böylece fail mağdurun rızasını daha kolay elde edebilecektir (Aksakal, s. 268). Kanaatimizce, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere faille mağdur arasında yaş farkının beşten fazla olduğu durumlarda failin mağdurun rızasını daha kolay elde edeceği bilimsel ve kriminolojik gerçekliği olmayan bir tahminden ibarettir. Hatta olayların birçoğunda aynı yaş grubu çocuklar genellikle birlikte bulduklarından, aynı yaş grubundaki failin mağdurun rızasını daha kolay elde ettiği görülmektedir.

¹⁷ Ünver, s. 45. *Çakmut*'a göre de kanunda failin yaşı bakımından ayırt edici bir kıstasa yer verilmediğinden, 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerde “baskın ve ısrarcı hareketleri yapan” kişinin fail olarak kabulü yerinde olacaktır (Özlem Yenerer Çakmut, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 22, Sayı:1, s. 46). Öğretide *Kanbur* ise failin muhakkak 18 yaşını doldurmuş olması gerektiği düşüncesinde olduğundan, fail veya mağdurun 15 yaşını tamamlayıp 18 yaşını tamamlamadan rızalarıyla cinsel ilişkiye girdiği hallerde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipiklik unsurunun gerçekleşmeyeceği görüşündedir. (Kanbur, s. 4150-4151). Öğretide *Aksakal* cinsel ilişkinin taraflarının 15 yaşını doldurmuş çocuklar olduğu durumlarda, kimin diğerinin cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiğinin anlaşılamayacağı, kimin fail kimin mağdur olduğu belirlenemeyeceği için failin mutlaka 18 yaşını doldurmuş bir kişi olması gerektiği görüşündedir (Aksakal, s. 262). Öğretide *Doğan* Medeni Kanun'daki evlenme ve yargısal kararlar ergin kılınma yaşları ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de belirlenen ilkeler ile tutarlı olunması adına 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin suç olmaması gerektiği düşüncesindedir (Doğan, s. 140). Aynı şekilde *Beyazıt* da, kanunun ruhu ve kanun koyucunun amacından hareketle, reşit olmayanla cinsel ilişki suç tipinde reşit bir kişinin reşit olmayanla cinsel ilişkiye girmesinin suç olarak düzenlenmek istendiği, her iki tarafın da reşit olmadığı durumların ise cezalandırılmasının istenmediği görüşündedir (Beyazıt, s. 299). Öğretide *Sevük* de, Lanzarote Sözleşmesi'nin 18. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hareket edilerek 15 yaşını tamamlamış çocukların rızalarıyla gerçekleştirdiği cinsel birleşmelerin suç olmaması gerektiği, ancak bunun açık bir kanuni düzenlemeyle yapılmasının yerinde olacağı görüşündedir (Sevük, s. 172-173., aynı yönde Bknz. Sarıgül, s. 742). Öğretide *Koca/Bozkurt/Akar* zihinsel ve fiziksel olarak aynı veya benzer durumda çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkilerde bir istismar olgusundan bahsedilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle, akran çocuklar arasında çocukların cinsel istismarı veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının işlenmesinin mümkün olamayacağı kanaatindedir (Mahmut Koca / Özge Bozkurt / İbrahim Akar, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, **Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan**, Ankara, 2020, s. 660-661). Öğretide *Özgenç* de 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını tamamlamamış kişiler arasındaki rızaya dayalı karşılıklı cinsel ilişkinin ceza hukukunun müdahale alanı dışında kaldığını, bu yaş grubuna ait kişiler arasındaki cinsel ilişkilerin yaratacağı sorunların ancak toplum ve aile disiplini

tarafında 15 yaşını tamamlamış çocuk olduğu durumlarda geçerli olacağı unutulmamalıdır. Zira taraflardan birinin 18 yaşını tamamladığı durumlarda, 15 yaşını tamamlayan çocuk cinsel ilişkiye girme fiili bakımından “aktif olan kişi” konumunda bulunsa dahi, bu suç tipi bakımdan bunun bir önemi olmayacak, cinsel ilişkiye girmede aktif konumda olan çocuk suçun faili değil, mağduru olacaktır. 15 yaşını tamamlamış iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel ilişkide kimin aktif kimin pasif konumda olduğuna ise her somut olay özelinde cinsel ilişkinin öncesi ve icrasıyla ilgili süreç bir bütün olarak değerlendirilerek karara verilmelidir¹⁸. Sadece şikayet hakkını

çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre kimin fail kimin mağdur olduğunun belirleme imkanının olmadığı bir suç tanımı olmayacağı için ve aynı zamanda şikayet şartının da kimin tarafından kullanılacağına hukuken açıklanması adına, bu suç tipinin failinin ancak 18 yaşını tamamlamış bir kimse, bu suç tipinin mağdurunun ise 15 yaşını tamamlamış ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış bir kimse olacağı kabul edilmelidir (Özgenç, s. 264-267). Öğretide *Özbek/Doğan/Bacaksız* ise aktif-pasif ayrımı yapmadan, 15 yaşını tamamlamış her iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girdikleri durumlarda her ikisinin de birbirlerine karşı işledikleri suçların faili olmaları gerektiği görüşündedir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 381). Öğretide *Soyaslan* da bu suç tipiyle reşit olmayan cinsel yaşamı üzerinde tam bir tasarruf yetkisi tanınmadığından hareketle, cinsel ilişkinin her iki tarafının da reşit olmadığı durumlarda, her iki tarafın da birbirlerinden şikayetçi olması koşuluyla, her iki tarafın da ayrı ayrı cezalandırılmaları gerekeceği görüşündedir (Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 257., aynı yönde Çetin Akkaya, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Ankara, 2018, s. 366).

¹⁸ *Nüfus kayıt örneğine göre, 15 yaş 7 aylık mağdurenin teklifi üzerine cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık sanık hakkında TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine uygun düşecek ve TCK'nın 3/1. maddesine aykırı olmayacak şekilde bir ceza verilmesi gerekirken, suçun işleniş şekli, olayın mağdure ve ailesi üzerinde yarattığı etkiden söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle üst haddeden ceza tayini...* (Yargıtay 14. CD.'nin 17.02.2014 tarihli ve E. 2012/8899, K. 2014/1766 no'lu kararı, www.lexpera.com). Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında cinsel ilişkinin taraflarından birinin “ikna edici davranışta” bulunmasını reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olması adına yeterli kabul etmemiştir. Ayrıca bu kararda “yaş kriterine” göre de aktiflik-pasiflik durumunun ortaya konulmadığı görülmektedir. Zira karara konu olan olayda failin yaşının mağdurenin yaşından daha küçük olduğu açıktır. Somut dosya içeriği tarafımızca ayrıntılarıyla bilinmediğinden, ilgili Yargıtay kararında hangi sebeple erkek olan sanığın cezalandırıldığına yönelik bir belirleme de yapılmadığından, Yargıtay kararının doğruluğu veya yanlışlığı bakımından bir değerlendirmede bulunmak güçtür. Ancak sadece failin “organ sokan” mağdurenin da “organ sokulan” şeklinde ortaya konulduğu klasik bakış açısı altında bu karar ortaya çıktı ise, bu kararın hatalı olacağı açıktır. *Tezcan/Erdem/Önok*'un da haklı olarak belirttiği gibi iki kişinin rızaya dayalı katılımı ile ortaya çıkan işteş yapılı bir eylemde faillik veya mağdurluk sıfatının organı kimin soktuğuna göre belirlenecek olması mantıken kabul edilebilir değildir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 482). Bu yüzden kanaatimizce, cinsel ilişkinin öncesi ve icrası *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

ilk kullanan kişiyi pasif olarak nitelendirmek veya sadece erkeği her cinsel ilişkinin doğrudan aktif süjesi olarak ortaya koymak yahut da somut olayın koşulları altında ortaya çıkan toplumsal algıya göre cinsel ilişkide kimin aktif kimin pasif olduğu konusunda karar vermek veya cinsel ilişkiye girme konusunda ve cinsel ilişki sırasında daha çok istekli olanı aktif kabul etmek veya diğerini cinsel ilişkiye ikna eden¹⁹ aktif olarak ortaya koymak yerinde bir hukuki değerlendirme olmayacaktır²⁰. Kanaatimizce, cinsel ilişki öncesi ve icrası sırasındaki hareketlerden somut cinsel ilişki sırasında kimin aktif olduğu hususunda şüphe ortaya çıkmış ve bu şüphe yenilememişse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince herhangi bir cezalandırmanın yapılmaması gerekecektir. 15 yaşını tamamlamış ama 18 yaşını tamamlamamış iki erkek arasında gerçekleşen cinsel ilişki sırasında bu erkeklerden her ikisi de zaman zaman aktif olmuşsa, ortada iki ayrı cinsel ilişki mevcut olacağından, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun iki ayrı failinin ve iki ayrı mağdurunun olacağı da açıktır.

Yargıtay'a göre, bu suç tipi bakımından dolaylı failliğin söz konusu olması mümkün görünmektedir. Bu bağlamda dolaylı failin mağduru araç olarak kullanıp kendi vücuduna organ sokulması suretiyle cinsel ilişkinin

sırasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesine sebebiyet veren tüm koşullar birlikte takdir edilmek suretiyle kimin ilişkide aktif kimin pasif olduğunun ortaya çıkarılmaya çalışılması gerekmektedir.

¹⁹ Öğretide *Artuk/Gökçen/Yenidünya* cinsel ilişkiye giren her iki tarafında 15 yaşını doldurmuş çocuk olduğu durumlarda, cinsel ilişkiye ikna edici davranışta bulunan çocuğun fail olması gerektiği görüşündedir (Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015, s. 322). Kanaatimizce, söz konusu ölçüt, aktif failin kim olduğunu ortaya koymak adına kullanabilecek önemli ölçütlerden biridir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere sadece cinsel ilişki öncesi “ikna eden” üzerinden yapılacak bir değerlendirme kimin cinsel ilişkinin gerçekleşmesine sebebiyet verdiğinin değerlendirilmesinde hatalı sonuçlar ortaya koyabilecektir. Bir kişinin diğerini cinsel ilişkiye ikna edip, failin icrasına henüz başlanmadan önce veya başlandığı sırada aniden cinsel ilişkiye girmekten vazgeçtiğini söylemesinin bile mümkün olduğu bir ortamda, cinsel ilişkinin öncesindeki ve icrası sırasındaki koşulların bir bütün olarak değerlendirmesinde fayda olduğu görüşündeyiz.

²⁰ Öğretide *Arslantürk* reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasında gerçekleşmesi halinde kimin fail kimin mağdur olarak ortaya çıkacağının belirlenmesi bakımından çeşitli kriterlere başvurulabileceği görüşündedir. Bunlar: *Aktiflik kriteri, ikna kriteri, önce şikayetçi olma kriteri, daha fazla mağdur olma kriteri, toplumsal algılama kriteri, cinsel eylem öni amı itibarıyla eylemde daha fazla etken olma ve etkin pozisyonda bulunma, başkan olma kriteri, cinsel ilişkinin icrasında istekli olma, arzulama kriteri* (Mustafa Arslantürk, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, 6. Baskı, Ankara, 2022, s. 544).

gerçekleşmesine sebebiyet verdiği durumlarda bu suç işlenmiş olacaktır²¹. Kanaatimizce, aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere suç teşkil eden cinsel ilişki fiili karşılıklı icra edilen “sokma” ve “sokturma” hareketlerinden oluştuğu için ve suç teşkil eden fiilin tanımlanması da “sokma” veya “sokturma” hareketlerine göre değil, “15 yaşını bitirmiş çocukla” bu ilişkiyi gerçekleştirene göre tanımlanmış olduğundan, hareketin niteliği gereği bu örnek bakımından dolaylı faillik kurumuna başvurulmasına gerek yoktur. Yargıtay’ın bu örnek bakımından dolaylı faillik kurumuna başvurması ise klasik bakış açısı altında “sokanın” her zaman fail olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu örnekten hareketle bu suçun dolaylı faillige elverişli olmadığını söylemek de yerinde

²¹ *Suç tarihinde çalıştığı işyerinden çıkarak eve gitmekte olan mağduru "peçeten var mı" biçimindeki soruyla durduran sanığın mağdurla ayaküstü sohbet etmeye başlaması ve akabinde kahve falı baktığını söyleyerek evine davet etmesi, mağdurun bu teklifi kabul etmesi üzerine birlikte sanığa ait eve gelmeleri, söz konusu evde sanığın kendi cep telefonundan mağdurun cep telefonuna bluetooth aracılığıyla porno videolar göndermesi, videoları izledikleri sırada sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağdurun kucığına oturduğunda mağdurun cinsel organının sanığın poposuna girmesi ve devamında mağdurun kız arkadaşının beklediğini söyleyerek acilen toparlanıp evden ayrılması biçiminde gerçekleşen olayda; İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 29.4.2011 tarihli raporunda, mağdurda hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı saptandığı, tespit edilen bu zeka geriliği ve olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, bu zeka geriliğinin fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunduğu ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği hususlarının açıkça belirtildiği, Eylem, 5237 Sayılı TCK.nın 103/2. maddesinde düzenlenen ve kanuni tanımında "vücuda organ veya sair cisim sokulması" şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsurunu meydana getirilmediğinden anılan Kanununun 103/2. maddesinde yer alan çocuğun vücutuna organ veya sair cisim sokulması şeklindeki çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmadığı, Dolaylı fail durumunda olan sanığın, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmede, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştikleri, öncesinde birbirlerini tanıdıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir iddia ya da delil bulunmadığı, bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücutuna organ sokturması biçimindeki eyleminin TCK.nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, Bu haliyle; eylemin TCK.nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek sanık hakkında 5237 Sayılı TCK.nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.’nin 02.03.2015 tarihli ve E. 2013/6245, K. 2015/2305 no’lu kararı, www.kazanci.com). Öğretide bazı yazarlar ise, bu suçun bizzat işlenebilen bir suç olması sebebiyle bu suçta dolaylı faillığın söz konusu olamayacağı görüşündedir (Beyazıt, s. 303., Baytemir, s. 498).
YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

olmaz. Zira dolaylı failin mağdur dışında başka bir kişiyi araç olarak kullanıp bu suçu işlemesi de mümkün görünmektedir. Örneğin bir arkadaşını 15 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel ilişkiye girmeye, söz konusu çocuğun yaşının 19 olduğunu söyleyerek ikna eden ve arkadaşını bu konuda hataya düşüren bir kişi, mağdurun şikayeti üzerine bu suçu dolaylı fail olarak işlemiş olacaktır.

2. SUÇUN MAĞDURU

Bu suçun mağduru, suç teşkil eden “fiilin işlendiği anda” 15 yaşını doldurmuş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş (ayırt etme gücüne sahip) olan çocuktur²². Hiç kuşkusuz mağdurun cinsel ilişki sırasında “yaşayan bir kişi” olması şarttır²³.

Mağdur çocuğun yaşı konusunda bir şüphe ortaya çıkarsa, bu şüphenin ortadan kaldırılması adına usulüne uygun araştırmaların yapılması gerekmektedir. Yargıtay haklı olarak söz konusu araştırmalar resen yapılmadan hüküm kurulmuş olmasını, bir bozma nedeni olarak kabul etmektedir²⁴. Suçun mağdurunun fiilin işlendiği anda 15 yaşını tamamlayıp

²² Öğretide haklı olarak “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” yerine “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” ibaresinin kullanılmasının daha yerinde olacağı, zira mağdurun gerçekleşen fiilin hukuki açıdan ne anlama geldiğini bilmesinin bir önemi haiz olmadığı ifade edilmiştir (Kantarıcı, s. 78-79). *Taner* de, çocuğun fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilmesi için belirli bir düzeyde cinsel olgunluğa ulaşması ve fiilin sosyal anlamını ve değerini kavrayabilecek durumda olması gerektiğini belirtmiştir (Taner, s. 291-293). Kanaatimizce, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması, “insanın içinde yaşadığı toplumdaki nesnelere ve olayların bilincinde olmasını”, “fiilin ortaya çıkaracağı kişisel ve sosyal neticeleri anlama ve değerlendirme yeteneğini haiz olmasını” ve “doğruyu yanlıştan ayırt edebilecek bir bilince sahip olmasını” gerektirmektedir.

²³ Parlar/Öztürk, s. 540. Şayet mağdurun önceden verdiği rızaya dayalı olarak ölümü sonrası bir cinsel ilişki gerçekleştirilmiş ise, bu somut olayın koşullarına göre, Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesinin 2. fıkrasındaki kişinin hatırasına hakaret suçunu veya aynı kanunun 226. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturacaktır. Burada 15 yaşını tamamlamış mağdurun ölümü sonrasında kendisiyle cinsel ilişkiye girilmesi hususunda verdiği rızanın genel ahlaka ve adaba aykırı olması sebebiyle hukuken bir geçerliliği de olmayacaktır.

²⁴ *Nüfus kayıt örneğine göre 01.06.1998 doğumlu olup suç tarihi itibarıyla onbeş yaşından küçük olan mağdurenin 10.08.1999 günü nüfusa kaydedilmesi ve yaşına itiraz edilmesi karşısında, suçun oluşumu ile niteliğini belirlemeye etkisi bakımından, merciinden doğum tutanağının onaylı sureti getirilip, resmi bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaşını belirlemeye yönelik kemik grafileri çektilirip, tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu aldırılması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorulup, mağdurenin suç tarihindeki yaşı bilimsel olarak belirlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken,* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

tamamlamadığı konusunda her türlü araştırmaya rağmen halen söz konusu şüphe ortadan kaldırılamamış ise, bu şüpheden sanığın yararlanacağı açıktır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır²⁵.

eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 01.11.2016 tarihli ve E. 2016/4571, K. 2016/7514 no'lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 553-554). *7.6.1991 doğumlu olan ve yaşının düzeltilmesine kayden bir engel bulunmayan mağdurenin, nüfusa doğumundan yaklaşık bir buçuk yıl sonra 5.1.1993 tarihinde kaydedilmesi, mernis doğum tutanağında doğumun "sağlık personeli yardımıyla" gerçekleştiğinin belirtilmesine rağmen, dosya içerisinde her hangi bir doğum raporunun bulunmaması, babasının da mağdurenin evde doğduğunu, herhangi bir resmi kaydının olmadığını beyan etmesi, Mersin Devlet Hastanesince düzenlenen sağlık kurulu raporunda çelişki oluşturacak şekilde, "mağdurenin 17 yaşını bitirip 18 yaşını sürdürdüğü sonucuna varılmakla birlikte kemik yaşı olarak 19 yaşını doldurmuş görünümünde olduğunu" görüşüne yer verilmiş bulunması karşısında, mağdurenin gerçek yaşı hususunda şüphe meydana gelmiş olup, bu şüphenin giderilmesi amacıyla öncelikle mağdurenin doğum tarihi itibarıyla doğduğu kasabada görevli bir ebe bulunup bulunmadığı araştırılıp, bulunduğunun tespiti halinde kayıtlarının istenilerek incelenmesi, buradan bir sonuca ulaşılamaması halinde ise sağlık kurulu raporuna dayanak teşkil eden kemik film ve grafiler gönderilmek suretiyle Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş istenilerek mağdurenin gerçek yaşının bilimsel olarak tespitinden sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırmayla hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.10.2014 tarihli ve E. 2014/14-112, K. 2014/457 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Sanık müdafii tarafından mağdurenin yaşına itiraz edilmesi üzerine mahkemece temin edilen doğum kaydına göre mağdurenin Bursa Zübeyde Hanım Doğum Evinin raporuna istinaden nüfusa tescil edildiği anlaşılmış ise de; söz konusu hastaneye ait doğum raporunun temin edilmesi, raporun temin edilememesi halinde, yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra suçun niteliği ile sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 12.12.2016 tarihli ve E. 2014/6017, K. 2016/8448 no'lu kararı, www.kazanci.com). *Sanık Savaş C. Soruşturma aşamasındaki savunmalarında "mağdure bana babasının nüfusa geç tescil ettirdiğini söyledi", "15-16 yaşlarında gösteriyordu" şeklindeki beyanları yaşa itiraz niteliğinde olup, suçun niteliğinin belirlenmesinde etkili olması nedeniyle kemik grafileri ile dosyada mevcut raporlar bu konuda nihai merci olan Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek mağdurenin gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi* (Yargıtay 5. CD.'nin 22.05.2006 tarihli ve E. 2006/1499, K. 2006/4274 no'lu kararı, aktaran Akkaya, s. 366, 718 no'lu dipnot).*

²⁵ *Mağdurenin, sanıkların eylemlerine dair anlatımlarının 2009 yılı Kasım ayı ve sonrasına yönelik, olması, resmi bir kurumda doğmadığı anlaşılan mağdurenin yaşının tespiti için İstanbul Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulundan aldırılan 22.08.2011 tarihli raporda, mağdurenin film çekilme tarihi olan 19.02.2010 itibarıyla 15 (on beş) yaşını bitirmiş olup, 16 (on altı) yaşını bitirmediğinin kabulünün uygun olacağı belirtilip bunun dışında 2009 YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Mağdurun yaşı gibi önemli bir diğer nokta da, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olup olmadığı (ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı) tespitidir. Yüksek mahkemeler bu suç tipi bakımından bu konunun da resen araştırılması gerektiği görüşündedir²⁶. Zira

yılı Kasım ayında on beş yaşını tamamlamadığına yönelik bir tespitle bulunulması, annesinin, mağdurenin 1993 yılında doğduğundan bahisle yaş tashihi davası açıp babasının da kolluk ifadesinde mağdurenin 1993 yılında doğduğunu beyan etmesi karşısında, mağdurenin tespit edilen yaşı şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanıklar lehine değerlendirilip ilgili suç tarihlerinde on beş yaşından büyük olduğu kabul edilerek buna göre eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı ve mağdurenin 07.02.2012 tarihli ifadesinde şikayetçi olmadığı hususları da nazara alınarak sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 22.10.2018 tarihli ve E. 2018/4808, K. 2018/6162 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Nüfus kaydına göre 13.06.1995, dosyadaki doğum raporuna göre ise 31.05.1995 doğumlu olan mağdurenin soruşturma evresindeki ilk ifadesinde, sanıklar ilk defa 23.04.2010 tarihinden bir yada iki hafta önce rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini belirtmesine karşın, daha sonraki anlatımlarında sanık ile 01.04.2010 ve sonrasında zorla ilişkiye girdiğini söyleyerek çelişkili beyanlarında bulunduğu, sanığın ise aşamalarda mağdureyle 22.06.2010 günü ilk kez rızasıyla ilişkiye girdiğini, ilk ilişkilerinin dosyaya satış sözleşme örneğini sunup 18.05.2010 tarihinde edindiği arabada yaşadığını savunduğu, davaya konu olayın 01.11.2010 tarihinde intikal ettirilmesi sebebiyle ilişkinin yaşandığı tarihi belirlemeye yönelik olarak zamanında mağdurenin muayenesinin yapılamadığı ve intikalde gerçekleştirilen cinsel muayene sonucu tanzim edilen raporda zamanı belirlenemeyen çentiklerin tespit edildiği nazara alındığında, sanığın savunmasının aksine, ilk ilişkinin mağdurenin onbeş yaşını tamamladığı tarihten önce gerçekleştiğine dair soyut ve çelişkili beyanlar dışında sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 08.05.2017 tarihli ve E. 2014/7568, K. 2017/2480 no'lu kararı, www.kazanci.com).

²⁶ *Mağdure ile ilgili olarak Devlet Hastanesinin 30.7.2012 tarihli raporunda "klinik olarak hafif zeka geriliği izlenimi verdiği" belirtilmesi karşısında, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek suç tarihi itibarıyla akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olup olmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı var ise bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği... (Yargıtay 14. CD.'nin 05.04.2016 tarihli ve E. 2016/2896, K. 2016/3319 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Ordu Devlet Hastanesinin 31.1.2013 tarihli katı raporunda hafif düzeyde mentalretarde olduğu fiilin hukuki sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yaşına uygun düzeyde gelişmediği, kendisini savunabilecek düzeyde olmadığı saptanan mağdurenin dava dosyasıyla birlikte Adli Tıp Kurumuna sevkıyla suç tarihi itibarıyla fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin*

bilindiği üzere mağdurun ayırt etme gücünün olmadığı bir durumda, bu suç tipi yerine çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

Mağdur çocuğun kız veya erkek olmasının bu suçun oluşumu bakımından herhangi bir önemi olmadığı gibi²⁷ daha önceden bir cinsel ilişki yaşamış olup olmaması da önemsizdir²⁸.

Kanaatimizce, 15 yaşını doldurmuş çocuk, evlenme ile veyahut da mahkeme kararıyla reşit kılınsa dahi, bu suçun mağduru olmaya devam edecektir²⁹. Örneğin evlenme ile reşit olmuş 17 yaşındaki bir kız çocuğu

gelişmiş olup olmadığı, maruz kaldığı fiile beden ve ruh bakımından mukavemet edip edemeyeceği herhangi bir akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, var ise durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ve ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği hususlarında rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.10.2014 tarihli ve E. 2014/7208, K. 2014/11334 no'lu kararı, www.kazanci.com). İlk derece mahkemesi ile Dairemiz arasında sanık K5'in eyleminin sübutu ve hukuki nitelendirmesi konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmayıp, incelenen dosya içeriğinden katılan mağdurenin organ sokmak suretiyle cinsel istismar eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı, bu durumun hekim olanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, tekrar eden görüşmelerde bu durumun anlaşılıp anlaşılamayacağı, mağdurenin ruh ve beden bakımından mağduru olduğu eyleme direnir direnemeyeceği hususlarında Kırşehir Devlet Hastanesi raporları ile Erciyes Tıp Fakültesi Hastanesi raporları arasında çelişkiler bulunduğu ve bu çelişkinin sonucuna göre suç vasfının değişerek TCK'nın 103/2.maddesine dönüşme ihtimali bulunduğu Dairemizce davanın yeniden görülmesine karar verilmiş, çelişkileri giderecek şekilde ATK 6. İhtisas Kurulu'ndan 11/04/2018 tarihli 1124 sayılı kurul raporu alınmıştır. Alınan rapor sonucuna göre mağdurenin olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden direnmesine engel olacak mahiyette herhangi bir akıl hastalığı ya da zeka geriliği tespit edilmediği rapor edildiğinden ilk derece mahkemesi mahkumiyet hükmüne karşı istinaf başvurularının esaslanmasına karar vermek gerekmiştir. (Ankara BAM, 17. CD.'nin 06.06.2018 tarihli ve E. 2017/2853, K. 2018/1024 no'lu kararı, www.lexpera.com).

²⁷ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4157., Doğan, s. 138. Anayasa Mahkemesi de mağdurun kadın veya erkek olabileceği görüşündedir: İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği... (Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>).

²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 486., aynı yönde Bknz. Köksal, s. 690.

²⁹ Aynı yönde Bknz. Ünver, s. 46. Öğretide Çakmut madde başlıklarının kanun metnine dahil olmadığından hareketle ve özellikle de kanun metninde "reşit" kavramı yerine "çocuk" kavramının kullanılmış olması sebebiyle bu suçun hukuken reşit kabul edilen çocuğa karşı da işlenebileceği görüşündedir (Çakmut, s. 46). Aynı yönde Bknz. Kartal, s. 2086-2087., Kanbur, s. 4161-4162., Doğan, s. 137-138., Köksal, s. 691-693., Akdağ, s. 173. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Kantarıcı da, bir hakkın kullanılması için belirli bir yaşın doldurulmasının arandığı durumlarda, evlenmeyle veya mahkeme kararıyla bir kişinin reşit kılınmasının hukuken herhangi bir önemi olmayacağını, ceza hukuku sistemimizde bir kişinin serbestçe cinsel ilişkiye girme hakkını kullanabilmesi için 18 yaşını doldurmuş olması gerektiğini, bu bağlamda 18 yaşını doldurmayan kişinin hukuken ergin olarak kabul edilse dahi cinsel ilişkiye girme hakkını serbestçe kullanamayacağını, bu kişinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olmaya devam edeceğini ifade etmiştir (*Kantarıcı*, s. 75, 85). *Ünver*, önceki ceza kanununda ve ceza kanunu tasarılarında kanuni tipte yer verilen reşitlik kavramından vazgeçilerek bu kavrama sadece suç tipinin başlığında yer verilmesi suretiyle suçun kanuni tipinde sadece mağdurun yaşına dayalı bir düzenlemeye gidilmesini eleştirmektedir (*Ünver*, s. 43). Kanaatimizce de maddenin başlığı ile maddenin içeriği birbirleriyle uyumsuz olup bu haliyle potansiyel faileri yanıltıcı nitelikte olduğu açıktır. Ancak bize göre burada önemli olan mağdurun yaşı ve o yaşın ortaya koyduğu cinselliği anlamlandırma bakımından ortaya çıkan zihinsel ve ruhsal olgunluk düzeyidir. Yoksa mağdurun hakim kararıyla veya evlilik yoluyla reşit olmasının onun yaşının getirdiği cinsellikle ilgili zihinsel veya ruhsal olgunluk düzeyini etkileyen bir unsur olmadığı açıktır. Bu sebeple hukuki bir durum olan reşit olma haline suç tipinde yer vermeyip, eşitlik ilkesine uygun bir biçimde mağdurun yaşı ve bu yaşın ortaya çıkardığı cinsellikle ilgili zihinsel ve ruhsal olgunluk düzeyi üzerinden bir suç tipi düzenlemesini yerinde bulmaktayız. Ayrıca evlenme yoluyla reşit olan bir kimsenin eşyle gerçekleştirdiği rızaya dayalı cinsel birleşmelerin hakkını icrası kapsamında her daim hukuka uygun olacağı da kuşkusuzdur. Bu bakımdan mevcut suç tipinin evlilik sınırları içinde rızaya dayalı cinsel ilişkileri cezalandırıcı bir yapısı bulunmamaktadır. Öğretide bir grup yazar ise, madde başlığı ve gerekçesinin madde metnine dahil olduğundan ve yorum yapılırken dikkate alınması gerektiğinden hareketle, gerek evlenmeyle gerek kazai rüştle reşit kılınan çocukların bu suçun mağduru olamayacakları görüşündedir (*Beyazıt*, s. 296., *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 485-486., *Sevük*, s. 173-174., *Gökhan Taneri*, **Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 164., *Arslantürk*, s. 551., *Şen*, “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, s. 130., *Baytemir*, s. 487-488). Öğretide *Akkaya*’nın da Adalet Komisyonu Raporu’na atıfta bulunmak suretiyle Türk Ceza Kanunu bakımından madde başlıkları ve madde gerekçesinin madde metninin ayrılmaz bir parçası olduğunu, bu sebeple incelemekte olduğumuz suçun mağdurunun “reşit olmaması” gerektiğini ifade ettiği görülmektedir (*Akkaya*, s. 364). Gerçekten de TBMM Adalet Komisyonu’nun TCK tasarısına ilişkin 3 Ağustos 2004 tarihli ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Raporu’nda madde başlığı ve gerekçesinin madde metninin ayrılmaz bir parçası olduğu, madde hükümlerinin yorumlanması açısından bu durumun büyük bir önem taşıdığı ifade edilmiş olsa da (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>) kanunun lafzının açık olduğu bir durumda yorum yapılmasını gerektirir bir halin mevcut olmaması ve ayrıca Adalet Komisyonu’nda ortaya konan bu görüşün kanuni bir bağlayıcılığının da bulunmaması sebebiyle, bu görüş tarafımızca kabul edilmemiştir. Öğretide *Aksakal*, Medeni Kanun gereği ergin kılınan kişinin Ceza Kanunu gereğince de ergin kabul edilmesi gerektiği, Medeni Kanun uyarınca ergin kabul edilen kişinin rızasıyla yaşadığı cinsel ilişkiyi suç kabul etmenin hukuk sistemi içinde çelişki yaratacağı görüşündedir (*Aksakal*, s. 264-265). Öğretide *Koca/Üzülmez*’e göre ise, sadece evlenme yoluyla reşit kılınan çocuklar bu suçun mağduru olamayacaktır; zira evlenmeyle reşit hale gelmiş olan bu çocuklar, cinsel ilişkinin sonuçlarını tam olarak kavrayabilecek durumdadır (*Koca/Üzülmez*, s. 376).

kocasını aldatıp bir kişiyle cinsel ilişkiye girerse, ancak daha sonradan kocasını aldattığı bu kişiyi şikayet ederse, bu suç tipi gerçekleşmiş olacaktır³⁰. Zira kanun koyucu her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun 104.

Evlenerek reşit olan bir kişinin bir anda cinsel ilişkinin tüm sonuçlarını kavrayabilecek olgunluğa nasıl eriştiği tarafımızca anlaşılamamıştır. Bu bağlamda sadece evlenmeyle kazanılan reşitliğe ayrıcalıklı bir konum addeden görüşün ne bilimsel ne hukuksal bir alt yapısı olduğu görüşündeyiz. Yargıtay ise, evlenmeyle reşit kılınan bir çocuğun bu suçun mağduru olamayacağı görüşündedir: *Sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, mağdurenin de çelişkili beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğinden; sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu 17.02.2004 gününden önce mağdurenin evli olduğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 11/2. maddesinin "evlenme kişiyi ergin kılar" hükmü karşısında, reşit olan kişi ile rızası ile cinsel ilişki de bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 19.01.2012 tarihli ve E. 2011/12610, K. 2012/460 no'lu kararı, www.lexpera.com), *Sanığın, katılan ... ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, katılanın da çelişkili beyanları ve tüm dosya içeriğinden sanığın katılan ile rızası dâhilinde cinsel ilişkide bulunduğu anlaşılması, suç tarihinden önce katılanın evli olması ve Türk Medeni Kanununun 11/2. maddesinin "evlenme kişiyi ergin kılar" hükmü karşısında, reşit olan kişiyi rızası ile cinsel ilişkide bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 18. CD.'nin 13.04.2016 tarihli ve E. 2015/15750, K. 2016/7611 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Yargı kararıyla veya evlenme yoluyla reşit kılınan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı görüşü, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin 2. ve 3. fıkralarıyla getirilmek istenen sisteme de zarar vereceği açıktır. Zira bu görüş kabul edilirse, 16 veya 17 yaşında olan kızıyla cinsel ilişkiye girmek isteyen babanın kazai rüşt kararıyla veya kızını bir başkasıyla evlendirmek suretiyle kızını hukuken reşit kılıp sonrasında onun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi mümkün olacak ve bu durum suç teşkil etmeyecektir. Oysa bu çocuğun da, reşit kılınmış olsa dahi, cinsel sömürü niteliği açık olan bu eylemlere karşı hukuken korunması gerektiği açıktır. Öğretide *Sarıgül*, evlenmeyle reşit olan çocukların 104. maddenin 2. fıkrası kapsamında suçun mağduru olamayacağı görüşündedir (Sarıgül, 746).

³⁰ *Taner*'e göre evlenme ile reşit olan kişinin eşi dışında başka bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaz. Zira yazara göre, evlenmeyle reşit olan kişinin eşiyle gireceği cinsel ilişki bakımından açıkladığı rıza nasıl suçun işlenmesini engelliyorsa aynı kişinin eşi dışındaki kişiler bakımından açıkladığı rıza da aynı etkiye sahip olmalı ve bu suçun işlenmesini önlemelidir (Taner, s. 368-369). Kanaatimizce, yazarın gerekçesi ve ulaştığı sonuç hatalıdır. Zira evlenmeyle reşit olan bir kişiyle rızası dahilinde cinsel ilişkiye giren eşin cezalandırılmaması sebebi, evlilik birliği içinde cinsel ilişkiyi meşrulaştıran Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinden doğan hakkın icrası hukuka uygunluk sebebidir. O yüzden de evlenmeyle reşit olan bir kimsenin rızası dahilinde eşiyle birlikte olması, hakkın icrası sebebiyle hukuka uygun olacakken; reşit olan bu eşin rızası dahilinde eşi dışında bir başka kişiyle cinsel ilişki yaşaması, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi mevcut bulunmadığından, doğrudan doğruya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaya devam edecektir (Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 85-86).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

maddesinin başlığında ve gerekçesinde “reşit olmama” halini suçun oluşması bakımından dikkate almış gibi görünse de, kanun maddesinin metninde “onbeş yaşını bitirmiş olan çocuk” diyerek önemli olanın mağdur çocuğun yaşı olduğunu açıkça ortaya koymuş, bir anlamda reşit olmama durumundan ne anlaşılması gerektiği açıklamıştır. Bu bağlamda eski kanun döneminde Yargıtay’ın vermiş olduğu kararların artık geçerli olmayacağı kanısındayız³¹. O dönemde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 416. maddesinin 3. fıkrası, *Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır* şeklinde olup, söz konusu madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere önemli olan, mağdurun “reşit olmaması” durumuydu. Oysa bugün yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından önemli olan, mağdur çocuğun “15 yaşını bitirmiş olması”dır. Bu bağlamda, 15 yaşını bitirmiş 18 yaşını bitirmemiş bir mağdurun herhangi bir hukuki nedene dayalı reşit kılınması suçun oluşumunu engelleyebilecek bir durum arz etmeyecektir.

Mağdurun fiilin işlendiği tarihte yaşı itibarıyla 15’i tamamlayıp 18’i tamamlamamış olmasına rağmen, sonradan açılan yaşın tahsisi davasıyla yaşı yükseltilmiş ve bu kararla fiilin işlendiği tarihte 18 yaşını tamamlamış hale gelmişse, söz konusu fiil bakımından düzeltilen yaş geçerli kabul edilecek, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gerçekleşmeyecektir³². Benzer şekilde fiilin işlendiği tarihte hukuken 15 yaşını doldurmamış olan mağdurun sonradan yaşının düzeltilmesi sebebiyle fiilin işlendiği tarih itibarıyla 15 yaşını doldurmuş hale gelmesi halinde, artık çocuğun cinsel

³¹ Nitekim Yargıtay eski kanun döneminde şu şekilde kararlar vermektedir: *TCK’nun 416. maddesinin son fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için mağdur durumdaki kişinin reşit olmaması gerekir. Mağdure hakkında Gümüşhane Nüfus Müdürlüğü’nce 31.5.2000 tarihinde düzenlenen nüfus kaydında 2.7.1996 tarihinde evlenip 21.6.1999 tarihinde boşanmış olduğunun belirtilmiş olmasına göre kayden 19.3.1982 doğumlu olan mağdurenin suç tarihinde 17 yaşı içinde olmasına rağmen, MK hükümlerince evlenmekle kişi reşit olacağından ve boşanma kazanılan rüstiün kaybına neden olmayacağından, evlenmekle reşit olan mağdureye karşı işlenen rızayla cinsi münasebetin suç oluşturmayacağı gözetilmeden; 25.4.1956 tarih ve 5/2 sayılı içtihadı birleştirme kararına yanlış anlam verilerek suretiyle sanıkların beraatleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi...*(Yargıtay 5. CD.’nin 20.11.2002 tarihli ve E. 2002/1915, K. 2002/7815 no’lu kararı, www.kazanci.com).

³² Öğretide *Özbek/Doğan/Bacaksız* göre ise cinsel ilişkinin yaşandığı sırada mağdur 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış ise daha sonradan yaşın tahsisi davasıyla yaşın yükseltilmesinin işlenen suça bir etkisi yoktur (*Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 383).

istismarından değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yapılacaktır.

3. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusu, üzerinde cinsel ilişkinin icra edildiği 15 yaşını tamamlamış çocuğun vücududur³³. Bu çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel ilişki niteliğini haiz hareketler suç olarak tanımlanmıştır.

4. FİİL

Bu suçun fiil unsuru, mağdurun rızasıyla (cebir, tehdit ve hile olmaksızın) cinsel ilişkide bulunmaktır.

a) Cinsel ilişki içinde bulunmak

Yargıtay'a göre, cinsel ilişki içinde bulunmak, erkeğin cinsel organının vajinal veya anal yoldan mağdurun vücuduna sokulmasıdır. Yargıtay'a göre, burada suç oluşturan hareket, erkeğin cinsel organının kadının vajinasına veya anüsüne sokulması veya erkeğin cinsel organın başka bir erkeğin anüsüne sokulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü üzere Yargıtay "cinsel ilişki" kavramını dar yorumlamaktadır. Yargıtay'ın bu görüşü öğretideki bazı yazarlarca da kabul görmektedir³⁴. Yargıtay'ın bakış açısına

³³ Aynı yönde Bknz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 379., Koca/Üzülmez, s. 376., Aksakal, s. 260., Özen, s. 396.

³⁴ Bknz. Beyazıt, s. 299-301., Sevük, s. 176., Köksal, s. 707., Akkaya, s. 368., Baytemir, s. 492. Pekmez, rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen bir fiilin cezalandırılması söz konusu olduğundan, burada suç teşkil eden hareketlerin dar yorumlanması gerektiği görüşündedir (Pekmez, s. 183). Öğretide Özyüksel de cinsel ilişki kavramının kişilerin özgürlükleriyle yakın bağlantı içinde olmasından ve özgürlüklerin kural yasakların ise istisna olması gerektiğinden hareketle insanları özgürlüklerini sınırlayan bir normun dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiş, bu yüzden de cinsel ilişkinin sadece "kişilerin penis-vajinal yoldan birleşmesi" şeklinde anlaşılması gerektiği ortaya koymuştur (Özgün Özyüksel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 'Cinsel İlişki' Kavramı", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 9, Sayı: 17, s. 161). Öğretide Özen'in ise cinsel ilişki kavramını Yargıtay'ın bu konuda ortaya koymuş olduğu içtihadından daha dar bir biçimde tanımlamaya çalıştığı görülmektedir. Yazara göre cinsel ilişki, *bir erkeğin cinsel organının (penisinin) bir kadının vajinasına sokulması veya sokturulmasıdır* (Özen, s. 405). Öğretide Tezcan/Erdem/Önok'un Yargıtay'ın bakış açısına yakın bir tanımlama yaptığı, hareket unsurunu sadece "sokma" üzerinden değil "sokturma" üzerinden de tanımladığı, böylece reşit bir kadının kendi vajinasına ya da anüsüne reşit olmayan bir erkeğin penis sokturmasının bu suçu oluşturması gerektiği görüşündedir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 487). Kanaatimizce, Yargıtay'ın tipik fiili, cinsel ilişkinin karşılıklı yapıldığını unutup sadece "sokma" üzerinden tanımlaması tek başına bir eksiklik olarak addedilemez. Zira Yargıtay bu suç tipi bakımından dolaylı faillik kurumunun tatbik edilebileceği görüşündedir (Bknz. 21 no'lu dipnottaki Yargıtay kararı). Öğretide bazı yazarlar, kanun koyucunun TCK'nın 102. maddenin 2. fıkrasında ve 103. maddenin 2. fıkrasında özellikle "vücuda organ veya YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

göre erkeğin cinsel organının vajinal veya anal yoldan mağdurun vücuduna sokulması dışında kalan tüm cinsel davranışlar, bu suç tipinin kapsamı dışındadır³⁵. Bu bağlamda,

sair bir cisim sokulması” şeklinde fiilleri tanımlarken, aynı terminolojiyi kullanmayıp “cinsel ilişki” kavramına yer vermesini kanuni bir boşluk olarak nitelendirmekte ve Türk Ceza Kanunu’nun yukarıda zikredilen maddeleriyle uyum sağlanabilmesi adına Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinde yer alan “cinsel ilişki” kavramının değişmesi gerektiği ifade etmektedir (A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 2005, Sayı: 33, s. 3304-3305. Polat da bu madde özelinde “cinsel ilişki” kavramıyla ilgili olarak bir yorum sorunu olmadığı, burada bir boşluk sorunu olduğu ve istenmeyen sonuçlar ortaya çıkaran bu boşluğun kanun koyucu tarafından bir an önce ortadan kaldırılması gerektiği görüşündedir (Halil Polat, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 5, Sayı: 13, s. 191).

³⁵ *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluştaya uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 21.04.2014 tarihli ve E. 2012/6729, K. 2014/5373 no’lu kararı, www.lexpera.com), *5237 sayılı TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya erkek ya da kadına anal yoldan ithal edilmesi fiillerini kapsadığı, dosya içeriğine göre sanığın onbeş-onsekiz yaş arasında olan ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan mağdureye karşı rızası dahilinde gerçekleştirdiği kabul edilen öpmek ve cinsel organ sürtmek şeklindeki basit cinsel istismar eylemlerinin yasalarımızda suç olarak düzenlenmediği gözetilerek, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 19.02.2018 tarihli ve E. 2015/972, K. 2018/1125 no’lu kararı, www.lexpera.com), *Oluştaya uygun kabule göre; sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK’nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yamılgıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 16.01.2013 tarihli ve E. 2011/7214, K. 2013/240 no’lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>), *Sanığın, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşıyamaması nedeniyle olayda TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 10.04.2017 tarihli ve E. 2014/6744, K. 2017/1914 no’lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 547).

-mağdurun anüs veya vajinasına penis dışında sair bir organ veya cismin sokulması (bir lezbiyen ilişkide iki kadından birinin diğerinin vajinasına parmak, vibratör veya yapay penis sokması gibi),

-penisin mağdurun anüs veya vajinası dışında mağdurun vücudunun başka bir yerine sokulması (penisin mağdurun ağzına sokulması gibi)

-penisin sokulması boyutuna varmayan, vücuda teması gerektiren her türlü cinsel niteliği haiz fiiller (öpme, okşama, sürtünme gibi)

-vücuda temas içermeyen, belirli bir mağdura yönelik mağduru cinsel yönden rahatsız etmeye elverişli fiiller (failin mağdura cinsel organını göstermesi, laf atması, eliyle cinsel ilişki teklif etmesi) bu suç tipi kapsamı içinde değerlendirilemeyecektir. Bölge Adliye Mahkemeleri de Yargıtay içtihatlarına uygun şekilde kararlar vermektedir³⁶.

Oysa kanaatimizce, “organ veya sair bir cismin” “vücuda sokulması veya sokturulması” suretiyle gerçekleşen her türlü ilişki, cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir³⁷. Burada kanun koyucunun “vücuda organ veya sair bir cisim

³⁶ *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden; TCK'nun 104. maddesinin metninde, suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, Dairemizce sürtünme şeklinde gerçekleştiği kabul edilen eylemlerin, TCK'nun 104. maddesi kapsamında da kalmadığı anlaşılmakla ilk derece mahkemesinin kararı CMK'nın 280/2. maddesinin verdiği yetki uyarınca kaldırılarak sanığın beraatına karar verilerek...* (Erzurum BAM, 3. CD.'nin 01.11.2018 tarihli ve E. 2018/2068, K. 2018/1368 no'lu kararı, www.lexpera.com), *Sanığın 15 - 18 yaş grubundaki mağdur ile 06/01/2017 günü rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, öncesinde yine rızası ile mağdurun cinsel organına ve göğüslerine dokunmalarında herhangi bir suç ya da suçluluk durumu bulunmadığı anlaşılmakla, ilk derece mahkemesinin nitelikli cinsel istismardan mahkumiyet kararı isabetsiz görülerek sanığın reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği...* (İstanbul BAM, 20. CD.'nin 07.05.2018 tarihli ve E. 2018/813, K. 2018/774 no'lu kararı, www.lexpera.com).

³⁷ *Ünver'e göre de bu suç tipiyle cezalandırılan fiil sadece vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli cinsel saldırıdır (Ünver, s. 47-48). Öğretide Peker de hakkaniyete aykırı sonuçların önüne geçilebilmesi ve eşitlik ilkesine uygun davranılması adına cinsel ilişki kavramının “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” kavramı üzerinden tanımlanması gerektiği görüşündedir (Peker, s. 28). Aksakal da suçla korunan hukuksal değerlerin çoğunun cinsel dokunulmazlığı olmasından hareketle cinsel ilişki kavramının geniş bir biçimde yorumlanması gerektiği, buradaki cinsel ilişki ölçütünün de cinsel saldırı ve çoğunun cinsel istismarı suçlarının nitelikli halleri bakımından kullanılan “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” şeklinde ortaya konulmasının bu konudaki tereddütleri ortadan kaldıracağı görüşündedir (Aksakal, s. 260). Arslantürk cinsel ilişkinin bu denli çeşitlendiği, failin cinsiyetinin artık önem arz etmediği, failin her türlü organ, alet ve sair cismi kullanabildiği modern dünyada bu suçun sadece erkek fail tarafından ve sadece erkek fail cinsel organıyla işlenebileceğinin kabulünün gerçekte bu suçu işleyenlerin yarasının yok sayılması anlamına geldiğini belirterek cinsel ilişki kavramının günümüze YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

uygun tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir, ancak yazarın eserinin farklı sayfalarında Yargıtay'ın kabul ettiği dar bakış açısıyla konuyu değerlendirmeye devam ettiğini de aktarmakta fayda vardır (Arslantürk, s. 543). *Kantarıcı* da içerik itibarıyla aynı anlam ve yoğunlukta olan çocuğun düzgün cinsel gelişimine zarar verecek veya onu tehlikeye düşürecek fiillerin cinsel ilişki kavramının dar yorumlanması suretiyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kapsamı dışına çıkarılmasını eleştirmektedir (Kantarıcı, s. 89). *Kanbur*'a göre, *korunan hukuki yarar, cinsel ilişki kavramının günümüzde sahip olduğu anlam, cinsel ilişkinin gerçekleşme türleri ve çocuğun yüksek yararının korunması hususları* bir arada değerlendirildiğinde, cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Yazara göre cinsel ilişki, *aynı ya da farklı cinsiyette olan kişiler arasındaki cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların sokulmasını, cinsel organlara sair cisim sokulmasını ve ağız boşluğuna cinsel organ sokulmasını (oral seks) da” kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır* (Kanbur, s. 4169-4170, 4181., aynı yönde Bknz. Akdağ, s. 178. Kanaatimizce, Ünver'in tanımı *Kanbur*'a göre kapsam itibarıyla daha yerindedir. Zira *Kanbur*'un tanımına göre, ağza sokulan yapay bir penis veya vibratör cinsel ilişki olarak değerlendirilmeyecektir. Oysaki kanaatimizce, Yargıtay'ın kararlarında da ortaya koyduğu şekilde cinsel saldırı ve cinsel istismar fiillerinin nitelikli hallerinden bahsedilebilmesi için ya failin kullandığı organ veya sair cismin cinsel motif taşıması ya da cinsel saldırı fiiline maruz kalan kişinin organının cinsel motif taşıması gerekir, eğer failin kullandığı organ veya sair cisim cinsel motif taşımıyorsa mağdurun fiile maruz kalan organı da cinsel organ kabul edilmiyorsa, suçun nitelikli hali söz konusu değildir. *Oluşa uygun kabule ve dosya içeriğine göre, suç tarihinde 11 yaşında bulunan mağdur ...'un annesiyle kaldığı evde misafir olarak bulunup, gece mağdur ve kardeşleri ile aynı odada yer yatağında uyumakta olan 56 yaşındaki sanığın, kardeşleri uyurken, mağduru uyandırıp vücuduna ve bu arada cinsel organına masaj yapmasını mağdurdan istediği, sanığın söylediklerini yapmasının ardından, mağdurun yüzünü yalayıp ağzına dilini sokan sanığın, peşinden de cinsel organını mağdurun kalçasına sürttüğünün anlaşılması karşısında, TCK'nın 103/2. maddesindeki “organ” tabiriyle Kanunda bir sınırlama olmamakla birlikte oral, anal veya vajinal bölgelere yönelik organ sokma eylemleri ile birlikte cinsel organ dışında vücuda girme özelliği olan örneğin; parmak gibi diğer organların da vücuda sokulması halinde suçun nitelikli halinin oluşabileceği, ayrıca sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiği, failin cinsel organını mağdurun ağzına sokması, vücuda organ sokulması niteliğinde ise de, ağza parmak sokulması veya somut olayımızda olduğu gibi dilin mağdurun ağzına sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşıması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyeceği gözetilmeden, sanığın açıklanan eylemlerinin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı, bu nedenle eylemine uyan TCK'nın 103/1 ve 103/6. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 28.05.2014 tarihli ve E. 2014/3281, K. 2014/7140 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>). Bu bağlamda, mağdurun ağzına yapay bir penis veya vibratör sokulması cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir. Kabul ettiğimiz bu görüş doğrultusunda “ağza parmak sokulması”, “ağza dil sokulması” gibi fiiller nitelikli cinsel saldırı veya istismar olarak değerlendirilmeyeceğinden, incelemekte olduğumuz bu suç tipi bakımından da bu fiiller

sokulması” kavramlarından farklı bir terminoloji kullanarak “cinsel ilişki” kavramına başvurması, hareketin yapıldığı anda fail ve mağdurun karşılıklı olarak bu eyleme rızalarının bulunması, fail ve mağdur arasında rızaya dayalı karşılıklı bir cinsel bağın ortaya çıkmış olması, cinsel ilişkinin içeriğinde “sokma” kadar “sokturulmanın” da bulunduğu karşılıklı bir davranış şekli olması sebebiyledir³⁸. Bu bağlamda suç teşkil eden fiilin tanımlanmasının “sokma” hareketine göre yapılması hukuken doğru olmayacaktır. Suç teşkil eden fiil, 15 yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişki gerçekleştirilmesidir. 15 yaşını tamamlamış çocukla cinsel ilişki gerçekleştiren kişi “sokan” konumunda da olabilir “sokturan” konumunda da olabilir. Cinsel ilişki kavramının ise, Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nun 102. maddesinin 2. fıkrasında ve 103. maddesinin 2. fıkrasında geçen “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” kavramına verdiği anlam çerçevesinde hukuken geniş bir biçimde nitelendirilmesinin yerinde olacağı görüşümdedir. Bu bağlamda, nasıl ki vajinal veya anal ilişkinin bir cinsel ilişki türü olarak nitelendirilmesinde öğretide bir uyuşmazlık mevcut bulunmamakta ise, oral yoldan yapılan cinsel birleşmelerin de aynı şekilde cinsel ilişki olarak kabul edilmesinde bir sorun yaşanmaması gerekir kanaatindeyim. Aynı şekilde cinsel ilişkinin mevcudiyeti için sadece erkeğin penisinin sokulmasını öngören bakış açısı eski ceza kanununun bir bakış açısı olup, bu bakış açısının kadınların da cinsel suçların faili olarak kabul edildiği yeni ceza kanunu bakış açısıyla bağdaşmadığı da açıktır. Bu bağlamda bir kadının diğer bir kadının vajinasına veya bir erkeğin anal bölgesine parmağını veya elini soktuğu cinsel birleşmelerin de cinsel ilişki olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde sair bir cismin (yapay penis, şişe gibi) vücuda sokulması suretiyle gerçekleşen cinsel birleşmelerin de cinsel ilişki olarak değerlendirilmesinde bir sorun bulunmamalıdır.

cinsel ilişki olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak parmak veya dilin vajinaya veya anüse sokulması, kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda cinsel ilişki olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, kulak, burun ve göbük deliğine organ veya sair cisim sokulması (failin penisini veya vibratör sokması olasılığında) da suç teşkil etmeyecektir, zira söz konusu delikler “erkek cinsel organının duhulüne elverişli” değildir.

³⁸ Kanun koyucunun incelemekte olduğumuz suç tipinde “cinsel ilişki” olarak tanımladığı bazı hareketleri, Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde “cinsel istismar” olarak tanımlaması bu vesileyle anlamlı ve yerindedir. Öğretide *Peker* de bizim gibi, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinde düzenlenen suç tipinde “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” kavramı yerine “cinsel ilişki” kavramının kullanılmış olmasını, suç teşkil eden fiilin iki tarafın rızasına dayalı olarak gerçekleştirileceğine vurgu yapılması adına, bilinçli bir tercihin ürünü olarak görmektedir (*Peker*, s. 27).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Kanaatimizce, cinsel ilişki kavramını “erkeklik organına” hapsedmek³⁹, cinsel ilişkiyi sadece “erkek egemen” bir yapı içerisinde tanımlamak cinsel özgürlüğe yapılabilecek en büyük darbe olacaktır⁴⁰. Zaten erkek organın vajinal veya anal yoldan duhulünü içeren cinsel ilişkileri cezalandırıp benzer etki ve özelliklere sahip diğer cinsel ilişki şekillerini (oral ilişki, vajinaya parmak veya yapay organ sokulması suretiyle yaşanan cinsel ilişkiler) özgür bırakmak kendi içinde tutarsız bir yaklaşımdır⁴¹.

Fail ile mağdur arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi yeterli olup bu ilişkinin kısa veya uzun sürmesi önemli olmadığından bu suç tipi ani karakterli bir yapıya sahiptir, keza suç tipinde herhangi bir netice (örneğin boşalma, cinsel haz alma şeklinde) de aranmadığından cinsel ilişkinin gerçekleşmesiyle bu suç tipi oluşacaktır, bu bağlamda bu suç tipi şekli bir suç tipidir⁴².

b) Mağdurun cinsel ilişkiye rızasının olması

Buradaki rıza suçun kurucu unsuru olup tipikliğe aittir⁴³, bir hukuka uygunluk sebebi değildir⁴⁴. Mağdurun rızasının cinsel ilişkiye yönelik olması şarttır. Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay da buradaki rızayı suçun unsuru olarak değerlendirmektedir⁴⁵.

³⁹ Öğretide *Parlar/Öztürk* cinsel ilişkiyi vajinal, anal veya oral yolla yapılan cinsel arzuları tatmin amacına yönelik eylemler olarak kabul etmekle birlikte, erkek üreme organı dışındaki organların veya sair bir cismin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen ilişkileri bu kapsamda nitelendirmeyerek yine cinsel ilişkiyi erkeklik organı üzerinden tanımlama yanlışlığına düşmüştür (*Parlar/Öztürk*, s. 541). En azından yazarların Yargıtay kararlarının dışına çıkıp oral ilişkiye de bir cinsel ilişki şekli olarak kabulü önemlidir.

⁴⁰ Öğretide *Doğan* da, cinsel ilişkinin sadece erkeğin cinsel organı ile açıklanmaya çalışılmasını eleştirmekte, bu bakış açısının 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun cinsel suçlarla ilgili eril düşünce yapısından kaynaklandığını ifade etmektedir (*Doğan*, s. 134).

⁴¹ Cinsel ilişki kavramının dar yorumlanmasının heteroseksüel ve homoseksüel ilişkiler, transeksüel bireyler, enest ilişkiler bakımından ortaya çıkardığı tutarsızlıklar ve ayrımcılık yaşağına aykırı uygulamalar için Bknz. *Peker*, s. 23-26.

⁴² *Aksakal*, s. 260-261.

⁴³ Aynı yönde Bknz. *Berrin Akbulut*, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2019, Cilt: 14, Sayı: 40, s. 284.

⁴⁴ *Kantarıcı* haklı olarak buradaki rızayı “suç tipini değiştiren rıza” olarak tanımlanmıştır. Zira mağdurun rızası varsa fiil reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, mağdurun rızası yoksa çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır (*Kantarıcı*, s. 96).

⁴⁵ *İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği; belli yaş grubundaki mağdura karşı işlenen fiilin rızayla gerçekleştirilmesi nedeniyle suçun, çocukların cinsel istismarına ilişkin bir önceki maddedeki düzenlemeden farklı ele alındığı,*

Söz konusu rıza fiilden önce veya en geç fiilin icra hareketlerinin yapılması sırasında mevcut bulunmalı⁴⁶, bu rıza fiilin işlenmesi sırasında da mevcudiyetini korumalıdır. Rıza sözlü olarak açıklanabileceği gibi bedensel davranışlarla da ortaya konabilir⁴⁷. Şayet 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını tamamlamamış olan mağdurun rızası cebir, tehdit, hileyle veya iradeyi etkileyen başka bir neden dayalı olarak sakatlanmışsa, artık burada Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesi kapsamında “çocukların cinsel istismar suçu”nun işlendiğinden bahsedilmesi gerekecektir.

Mağdurun cinsel ilişkiye daha önce göstermiş olduğu rıza o hukuki değerini tamamen terkedildiği anlamına gelmeyeceğinden cinsel ilişkiye rızanın varlığı her cinsel ilişki bakımından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu bağlamda mağdurun faile bir cinsel ilişki için verdiği rızanın faille mağdur arasında gerçekleştirilecek olan diğer cinsel ilişkiler bakımından da geçerli olacağını kabul etmek doğru olmaz. Örneğin faille mağdur arasında rızaya dayalı cinsel ilişki yaşanıp bittikten yarım saat sonra failin uyuya kalmış olan mağdurla tekrar cinsel ilişki yaşaması, çocuğun cinsel istismarı olarak nitelendirilmelidir⁴⁸.

dolayısıyla rızanın, fiilin bu madde kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için bir unsur işlevi gördüğü, ancak sanığın cezalandırılabilmesi için belli bir süre içerisinde şikayet koşulunun da gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır... ..İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin “cebir, şiddet ve hile olmaksızın”, bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile onbeş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>). Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızasının suçun unsurlarından olduğu, bu nedenle sanığın atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden bu suçta uygulama yeri olmayan TCK'nın 26/2. maddesi uyarınca sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 12.09.2013 tarihli ve E. 2012/7555, K. 2013/9075 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁴⁶ Aynı yönde Bknz. Ünver, s. 49.

⁴⁷ Kantarcı, s. 98.

⁴⁸ Öğretide *Kantarcı*, hem mağdurun uyandırılmak suretiyle açık rızasının alınmasının mümkün olması sebebiyle hem de mağdurun yararına bir fiil söz konusu olmadığından burada varsayılan rıza kurumuna başvurulamayacağı, mağdurun failin eylemine daha önceden rıza göstermiş olmasının mağdur açısından o hukuki değerini tamamen terkedildiği *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Aynı şekilde mağdurun şarta bağlı olarak cinsel ilişkiye rıza verdiği bir durumda, söz konusu şartın ihlali suretiyle gerçekleşen cinsel ilişki de rıza dışında gerçekleşmiş bir cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir⁴⁹. Örneğin anal yoldan cinsel ilişkiye rıza gösteren 15 yaşını tamamlamış çocukla onun rızası dışında vajinal yoldan cinsel ilişkiye giren fail, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan değil, çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılacaktır.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri, eylemin mağdura yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştiğine dair mağdurun soyut iddiası dışında bir delilin bulunmadığı, olayın bu boyutuyla şüpheli kaldığı, durumlarda, failin çocuğun cinsel istismarı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması gerektiğine hükmetmektedir⁵⁰. Yargıtay'a göre, burada

anlamına gelmeyeceği, bu sebeple de failin mağdurla gerçekleştireceği her cinsel ilişki bakımından mağdurun rızasını yeniden alması gerektiği görülmektedir (Kantarıcı, s. 102).

⁴⁹ Aynı yönde Bknz. Kantarıcı, s. 98.

⁵⁰ *Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurenin aşamalarındaki çelişkili ve tutarsız anlatımları, savunma, tanık beyanları, adli rapor içeriği ile tüm dosya kapsamına göre sanıkların, suç tarihinde on altı yaş içerisinde bulunan mağdureye yönelik nitelikli cinsel istismar eylemlerini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiklerine dair soyut iddia dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmuyup, mevcut haliyle eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hükümler kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 11.03.2020 tarihli ve E. 2018/6414, K. 2020/1946 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Düzeltilmiş yaşına göre suç tarihinde on altı yaş içerisinde bulunan mağdure ile rızasıyla ilişkiye giren sanıkların bu ilişkilerde mağdureyi sanık ...'da ele geçen görüntülerle veya başka bir şekilde tehdit ettiklerine ya da hile veyahutta iradesini etkileyen başka bir sebeple kendileriyle ilişkiye zorladıklarına dair mahkumiyetlerine yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmaması karşısında mevcut haliyle eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup...* (Yargıtay 14. CD.'nin 16.05.2019 tarihli ve E. 2018/9991, K. 2019/9836 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Mağdurenin aşamalarındaki çelişkili anlatımları, savunma, olayın intikal şekli ve süresi, mağdure ile sanık arasında suç tarihi öncesi ve sonrası dönemi kapsayacak şekilde karşılıklı yapılan yoğun telefon mesajlaşmalarına dair döküm kayıtları ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, mağdureyle arkadaşlık yapan sanığın, olay günü kendisine ait evde cebir ve tehditle organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdiği hususunda cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle onaltı yaşındaki mağdure ile cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye giren sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyet kararı verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 19.03.2018 tarihli ve E. 2017/6247, K. 2018/1980 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Dosya içeriğine göre sanığın, para karşılığı bir çok erkekle birlikte olan mağdureye yönelik eylemini zorla işlediğine dair mağdurenin soyut beyanlarından başka cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut halıyla eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 17.10.2017 tarihli ve E. 2016/6259, K. 2017/4808 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Dosya içeriğine göre, mağdurenin sanıkla mesajlaşmasını ablasının fark etmesi üzerine olayın adli makamlara intikal ettiği, yine mağdurenin soruşturma sırasında verdiği ifadesinde sanıkla yaşadığı ilk olaydan sonra da arabayla gezerken araç içerisinde sayısını hatırlamayacak kadar ilişkiye girdiğini beyan etmesiyle mağdurenin sanığın evindeki eşyaların ayrıntılarını bilmesi ve verdiği bilgilerin sanığın eşinin ifadesiyle uyumlu olması karşısında, olayda cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebeple cinsel ilişkinin gerçekleştiği hususunun şüphede kaldığı, bu hal ile sanığın eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 13.01.2014 tarihli ve E. 2013/7436, K. 2014/18 no'lu kararı, www.kazanci.com)., ...yine sanık A.'in anneannesinin evinde kaldıkları sırada anneannesinin başka yere gittiğini, vajinal yoldan A.'le ilişkiye girmediklerini, ilk beyanında ise kızlığını sanık A.'in bozduğunu, ilk beyanlarıyla çelişkili şekilde ifadelerde bulunduğu, sanıkların kendisiyle cinsel ilişkiye girdiklerinin ifade ettiği halde, yetkili makamlara durumu bildirme imkanı varken herhangi bir müracaatının olmayışı, olayın ortaya çıkış şekli, sanık A.'le anneannesinin tek odalı evinde anneannesinin yanında kendisiyle zorla ilişkiye girdiğine dair hayatın olağan akışına aykırı beyanı, 15.4.2010 tarih ve 3080 Sayılı doktor raporuna göre mağdurenin livataya maruz kaldığı anlaşılmakta ise de, yine aynı tarih ve 4036 Sayılı raporda hymenin anüler intakt tarzda, ekimoz ve hematoma saptanmadığının tespiti, mağdurenin eylemlerin zorla olduğunu söylemesine rağmen zor bulgusuna rastlanmaması ve tüm dosya içeriği gözetildiğinde; cinsel ilişkilerin zorla gerçekleştiğine ve sanık C.'in mağdureyi zorla alıkoyduğuna ilişkin, şüpheden uzak kesin ve yeterli kanıya ulaşılmadığından, cinsel ilişkilerin rızayla gerçekleştirildiği ve mağdurenin şikayeti de gözetildiğinde sanıkların eylemlerinin 5237 Sayılı T.C.K.nın 104. maddesinde düzenlenen "zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki" suçunu oluşturduğu ve T.C.K.nın 61. maddesinde belirtilen suçun işleniş şekli ile hak ve oranlılık ilkesi gözetilerek temel cezaların alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerektiği düşünülmeyen... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.09.2013 tarihli ve E. 2013/6432, K. 2013/9439 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Sanığın, yaşının düzeltilmesi sonucu 15-18 yaş grubuna dahil olan ve evden kaçmış olan mağduru evine götürerek cebir, tehdit ya da hile kullandığına dair delil bulunmaksızın mağdur ile cinsel ilişkiye girdiği anlaşılmakla, cinsel istismardan açılan davada yerel mahkemece eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki kabul edilip buna göre yaptığını uygulamada bir isabetsizlik bulunmadığı ve bu suç yönünden yapılan istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmesi gerektiği... (İstanbul BAM, 20. CD.'nin 17.12.2018 tarihli ve E. 2017/2868, K. 2018/2085 no'lu kararı, www.lexpera.com)., Her ne kadar sanık aşamalarda suçlamaları kabul etmemiş ise de, mağdurenin tüm aşamalarda ayrıntıları içerir samimi anlatımları, mağdure ile sanık arasında olaydan önce herhangi bir husumetin ve dolayısıyla mağdurenin iftira atması YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

önemli olan husus, failin mağdurla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden⁵¹ kullanmaksızın cinsel ilişkiye girmiş olmasıdır, yoksa her

gerektiren bir neden bulunmadığı mağdure beyanını destekleyen müşteki K2 ve tanık K3 anlatımları karşısında mağdurenin üvey babası olan sanığın 2017 yılı Eylül ayı başlarında ve Kasım ayı başlarında anal yoldan organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdiği Dairemizce kabul edilmiştir. Mağdure sanık ile rızası ile birlikte olmadığını, sanığın eylemlerini zor kullanarak gerçekleştirdiğini iddia etmiş ise de, sanığın her iki eylemini de ortak yaşadıkları evde gerçekleştirdiği, mağdurenin bedensel ve ruhsal herhangi bir engeli olmadığı, eyleme karşı koyabilecek durumda olduğu, kaldı ki ÇİM'de alınan ifadesinde sanığın vajinal yoldan ilişki kurmak istediğini ancak kendisinin buna engel olduğunu söylediği, mağdurenin çözümü yaptırılan ayrıntılı ifadesi bütün olarak değerlendirildiğinde sanığın kendisindeki hastalığın geçmesi için ondan yardım talep ederek mağdureyi ikna ettiğinin anlaşıldığı, mağdurenin eylemlere gönüllü olduğunu söylenemese de cebir ve tehdit boyutuna ulaşabilecek sanık tarafından gerçekleştirilen bir eylemin bulunmadığı, mağdurenin vücudunda eylemlerin zorla yapıldığını gösterecek fiziki bir bulgunun saptanmadığı, dolayısıyla mağdurenin rızası ile sanıkla cinsel ilişkide bulunduğu kabul edilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, sanığın 15-18 yaş aralığında bulunan ve üvey kızı olan mağdureyle birden çok kez cinsel ilişkiye girdiği kabul edilmekle birlikte, bu ilişkinin ilk derece mahkemesinin kabul ettiği gibi zora dayalı olmadığı, dolayısıyla eylemin TCK'nın 103/2.maddesinde belirtilen cinsel istismar değil TCK'nın 104.maddesinde belirtilen reşit olmayanla rızasıyla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu Dairemizce kabul edilmiş ve ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir. (Ankara BAM, 17. CD.'nin 05.09.2018 tarihli ve E. 2018/1586, K. 2018/1370 no'lu kararı, www.lexpera.com)., İlk derece mahkemesince yapılan yargılama, toplanan deliller ve Dairemizce yapılan yargılama ve tüm dosya kapsamına göre mağdure ile sanığın 2015 yılı Nisan aylarında sosyal medya üzerinden tanışarak bir süre sonra sevgili oldukları, sanıkla farklı yer ve zamanlarda buluşup birlikte vakit geçirdikleri, sanığın mağdureyle iki kez organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdiklerini kabul ettiği, mağdurenin sanık ile tehdit edilmesi nedeniyle cinsel ilişkiye girdiğini ve bu eylemlere karşı rızasının bulunmadığını iddia ettiği görülmüştür. Mağdurenin Yenimahalle Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde 08/02/2016 tarihinde yapılan muayenesinde 22 hafta 6 günlük hamile olduğunun anlaşılması üzerine mağdurenin aynı tarihte sanık hakkında şikayette bulunduğu ve bebekten alınan DNA örneği ile sanıktan alınan DNA örneklerinin karşılaştırılması sonucunda sanığın bebeğin babası olduğu anlaşılmıştır. Her ne kadar mağdure sanığın kendisini tehdit etmesi nedeniyle ilişkiye girdiklerini iddia etmiş ise de; tanık anlatımları, sanık savunması ve şikayetin hamileliğin anlaşılmasından sonra gerçekleşmiş olması nedeniyle mağdurenin bu yöndeki beyanları samimi görülmediğinden itibar edilmemiştir (Ankara BAM, 17. CD.'nin 04.04.2018 tarihli ve E. 2017/2227, K. 2018/547 no'lu kararı, www.lexpera.com).

⁵¹ “İradeyi etkileyen başka bir neden” kavramına Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği kanuni tipte yer verilmemiş olsa da, Türk Ceza Kanunu'nun 103 maddesinin 1. fıkrasının b bendinde “cebir, tehdit, hile” kavramlarıyla birlikte bu kavrama da yer verilmesinden ve 15 yaşını doldurmuş çocuğun iradesini etkileyen bir başka nedenle cinsel ilişkiye rıza gösterdiği durumda artık çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacağından hareketle, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından

somut olayda mağdurun “açık rızasının” olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur⁵². Kanaatimizce, Yargıtay’ın mağdurun açık rızasını aramayan kararları maddenin lafzıyla uyumludur⁵³. Ancak burada öğretide *Ünver*’in

bu boşluğun hukuken bir önemi haiz olmayacağı açıktır (Aynı yönde Bknz. Aksakal, s. 266., Kantarcı, s. 39). Ancak yine de benzeri kanun boşluklarının ortaya çıkmaması ve önemli olanın “mağdurun fiile direnmesi” değil, “mağdurun fiile rızasının bulunması” olduğunu vurgulamak adına yapılacak bir kanun değişikliğiyle mağdurun rızasına suç tipinde doğrudan yer verilmesi hukuken yerinde olacaktır.

⁵² Söz konusu hüküm bu haliyle “mağdurun cinsel ilişkiye diremediği her durumda cinsel ilişkiye rızasının da olduğu” şeklinde hatalı bir ön kabulü bünyesinde barındırmaktadır. Söz konusu ön kabulün hatalı olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin M.C/Bulgaristan Kararı’nda da açıkça ifade edilmiştir (Ayrıntılı bilgi için Bknz. M.C/ Bulgaristan’a karşı kararı, Başvuru No: 39272/98, Karar Tarihi: 4.12.2003, paragraf: 166, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22languageisocode%22:%22FRE%22,%22appno%22:%2239272/98%22,%22documentcollectionid%22:%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-66079%22>)).

⁵³ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu suç tipi bakımından cinsel özgürlüğün korunması adına kanuni tipte açıkça mağdurun rızasına yer verilmesi gerektiği görüşünde olmakla birlikte, suç tipinin bugünkü yapısıyla “mağdurun sessizliğinin” hukuken nasıl değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymak gerekir. Kanaatimizce, mağdurun sessizliğini somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Şayet mağdur cinsel ilişkiye rızasının olmadığını sözleri (hayır yapma, istemiyorum şeklindeki beyanları, hakaret içeren kelimeleri) ve davranışlarıyla (faili itme, ağlama, bağırma) beyan edebilecek bir durumda olup, somut olayın koşulları itibarıyla de bunu gerçekleştirebilecek bir durumdayken “sessiz kalmayı tercih ediyorsa” artık burada cebir, tehdit, hile veya mağdurun iradesini etkileyen bir neden bulunmadığından reşit olmayanla cinsel ilişki suçü gerçekleşmiş kabul edilebilecektir; ancak mağdur somut olayın koşulları içinde, örneğin yaşadığı şok sebebiyle, failin daha önceden çokça uyguladığı ve eğer faile karşı çıkarsa yeniden uygulanacağını düşündüğü şiddet sebebiyle veya yardım istenemeyecek bir yerde eylemin meydana gelmesi ve eyleme direnmesinin durumunu daha da kötü hale getireceği endişesiyle cinsel ilişkiye ses çıkarmıyor, “sessiz kalmak zorunda kalıyorsa”, artık burada çocukların cinsel istismarı suçunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da mağdurun maruz kaldığı eyleme direnip direnemeyeceği konusundaki değerlendirmenin eylemin gerçekleştiği “ortam ve koşullar” göz önünde bulundurularak yapılması gerektiği görüşündedir: Dosya içeriğine göre, suç tarihinde onyediy yaşında olan mağdurun, mahalleden tanıdığı sanıkla arasında fazla yaş farkının olmadığı, bu nedenle mağdurun rızası dışında gerçekleştirildiğini iddia ettiği fiili livata eylemine buldukları ortam itibari ile karşı koyarak kurtulabilme imkanına sahip olduğu, nitekim mağdur hakkında Bakırköy Adli Tıp Şube Müdürlüğünden olayın sıcağı sıcağına alınan 25.02.2010 tarihli raporunda mağdurun vücudunda darp cebir izinin görülmediğinin bildirildiği, bir kısım tanık beyanlarında mağdurun mahallede "kız N. olarak tanıdığına ilişkin beyanları, yine tanık C., mağdurun sanığı kast ederek "mahallede kaslı bir ağbi var bana onu avarlasana" dediğine ilişkin beyanı, olayın ortaya çıkış şekli ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın fiili livata eylemini mağdurun rızasıyla işlediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK.nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

de haklı olarak ifade ettiği üzere kanuni tipte açıkça mağdurun rızasının aranması, onun özgür iradesiyle bir seçimde bulunup bulunmadığının ortaya konulması bakımından, daha yerinde olacaktır⁵⁴. Zira “cebir, tehdit, hile yoksa otomatik olarak rıza vardır demek” doğru bir yaklaşım olmadığı gibi⁵⁵ bu düzenleme anlayışı cinsel özgürlüğün baskın karakter olması

oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 23.09.2014 tarihli ve E. 2012/15410, K. 2014/10316 no'lu kararı, www.kazanci.com)., İnceleme konusu olayda; babası ile annesinin çok önceden ayrılıp başkalarıyla evlilik yapmaları nedeniyle küçüklüğünden itibaren köy ortamında babaannesi ve dedesinin yanında büyüyen mağdure 15 yaşını henüz bitirmiş genç bir kızdır. Yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmamaktadır. Mağdurenin, sanığın sürekli tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır. Olayın görgü tanığı yoktur. Sanık, alkollü olmadığı zamanlarda mağdureye yönelik bir davranışının olmadığını, ancak alkol aldığıda tecavüz edip etmediğini hatırlamadığını belirtmektedir. Mağdure ise, sanığın sürekli tehdit ederek tecavüzde bulunduğunu, korktuğu için sesini çıkaramadığını ve karşı koyamadığını ifade etmiş, mağdurenin cinsel ilişkiyi ortaya koyan ve maddi bulgularla desteklenen bu anlatımları doktor ve Adli Tıp Kurumu raporları ile doğrulanmıştır. Öte yandan, mağdurenin hamileliği anlaşılincaya kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırmaması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki mağdure, babasının kendisine yönelik davranışlarını güvendiği bir arkadaşına kısmen anlatmış ve evden kaçarak babasından kurtulmak istediğini de söylemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği anlaşıldığından, Yerel Mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.03.2003 tarihli ve E. 2002/5-324, K. 2003/55 no'lu kararı, www.kazanci.com). Hiç kuşkusuz mağdurun sessizliğinin fail tarafından eyleme gösterilen rıza olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu, failin bu konuda hataya düştüğü hallerde, fail Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca içine düştüğü hatadan yararlanacaktır ve çocukların cinsel istismarı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

⁵⁴ Ünver, s. 48.

⁵⁵ Öğretide *Taner* haklı olarak bu yaklaşımın cinsel suçlarda “mağdurun direnme yükümlülüğünün olduğuna yönelik” cinsel suçlarla ilgili eski bakış açısını temsil ettiğini (direnmeye muktedir olan kimse direnmemişse eyleme rızası vardır, direnme ortaya çıktığında ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen nedenlerle bu direnç ortadan kaldırılacaktır), oysa cinsel özgürlük kavramının ortaya çıkmasıyla “direnme” kavramının yerini “mağdurun rızasının yokluğu” kavramına bıraktığını ifade etmiştir (*Taner*, s. 114-

gereken bir kanuni yapıda söz konusu özgürlüğün ikinci plana atıldığına da bir göstergesi niteliğindedir. Ayrıca reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bugünkü düzenleniş şekli, yapısı itibarıyla “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” diyerek sayma metodunu kullandığından, saymayı unuttuğu alanlarda istenmeyen cezasızlık alanları ortaya çıkabilecektir⁵⁶. Oysa bu suç tipinde Ünver’in de haklı olarak belirttiği gibi özgülenmesi gereken nokta mağdurun rızasının varlığı olmalıdır⁵⁷. Nitekim 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nun 416. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm kanuni tipte açıkça mağdurun rızasını araması sebebiyle daha yerinde bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸.

Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca nedenlerin hem objektif olarak “kişilerin irade serbestisini etkileyecek boyutta olduğu” hem de subjektif olarak “mağdurun iradesini etkilemiş olduğu” durumlarda, artık mağdurun fiile rızası olduğundan bahsedilemeyeceğinden dolayı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yerine, çocukların cinsel istismarı suçu gerçekleşmiş olacaktır⁵⁹. Cebir, tehdit veya hilenin mağdurun iradesini etkilemeye yönelik kullanıldığı, ancak 15 yaşını tamamlamış çocuk mağdurun baştan itibaren eyleme rızasının olduğu durumlarda, çocukların cinsel istismarı suçu değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır⁶⁰. Benzer şekilde 15 yaşını tamamlamış çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girilen bir durumda, sırf sadist duyguların tatmini amacıyla uygulanan cebirin de mağdurun cinsel ilişkiye girme iradesi üzerinde bir etkisi olmayacağı için çocukların cinsel istismarı suçundan değil, mağdur çocuğun şikayeti üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yapılacaktır. Burada

121). *Kantarıcı* da “mağdurun fiile katlanmak zorunda kalmasının fiile rıza göstermiş olduğu anlamına gelmeyeceğini” haklı bir biçimde ifade etmiştir (*Kantarıcı*, s. 101). Bu bağlamda, kanaatimizce, “mağdurun cinsel ilişkiye diremediği her durumda cinsel ilişkiye rızasının mevcut olduğu” şeklinde eski ve hatalı bir ön kabul üzerine kurulan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu maddi yapısı değiştirilmelidir.

⁵⁶ Benzer yönde Bknz. *Kantarıcı*, s. 95.

⁵⁷ Ünver, s. 48., aynı yönde *Kantarıcı*, s. 96.

⁵⁸ *Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

⁵⁹ Benzer yönde Bknz. *Kantarıcı*, s. 106.

⁶⁰ Bu bağlamda, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşması için zarar beyanının objektif olarak ciddi olması tek başına yeterli olmayacak, bu beyanın aynı zamanda mağdurun cinsel ilişkiye rızasını etkilemiş olması da aranacaktır. Mağdurun etkilenmediği, ancak objektif olarak ciddi bir zarar beyanının, Türk Ceza Kanunu’nun 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçunu oluşturması mümkün görünse de, mağdurun gireceği cinsel ilişki bakımından bir etkisi olmayacağından, mevcut koşullar altında çocukların cinsel istismarı suçunun değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun gerçekleşeceği düşüncesindeyiz.

cinsel ilişkiye rıza gösteren mağdurun cinsel ilişki sırasında sadist duyguların tatmini amacıyla kullanılan cebre rıza göstermemesi mümkün olabilir. Böyle bir durumda 15 yaşını tamamlamış mağdur sadece kendine karşı uygulanan cebirle ilgili olarak kasten yaralama suçunun işlendiğinden bahisle şikayetçi olabileceği gibi hem kendine uygulanan cebirle ilgili olarak kasten yaralama suçundan hem de rızasıyla gerçekleşen cinsel ilişkiyle ilgili olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan da ayrı ayrı şikayetçi olabilir. Benzer şekilde rızaya dayalı gerçekleşen cinsel ilişki sonrası failin mağduru tehdit etmesi de, örneğin “yaşadıklarımızı başkalarına anlatırsan seni öldürürüm” demesi de, mağdurun cinsel ilişkiye yönelik iradesini etkilemeye yönelik olmadığından çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmayacaktır. Hiç kuşkusuz böyle bir durumda, fail hakkında tehdit suçundan resen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ise mağdurun şikayeti üzerine soruşturma ve kovuşturma yapıp failin cezalandırılması mümkün olabilecektir.

Cebrin doğrudan mağdura karşı gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi mağdurun cinsel ilişkiye rızasını elde edebilmek adına mağdurun bir yakınına karşı gerçekleştirilebilmesi de mümkün görünmektedir⁶¹. Ancak eşyaya karşı gerçekleştirilen cebrin somut olayın koşulları çerçevesinde mağdur bakımından tehdit olarak değerlendirileceği ve bu tarz durumlarda da mağdurun rızasının ortadan kalkmış olacağı gözden kaçırılmamalıdır⁶².

Failin mağdura kendisiyle cinsel ilişkiye girmezse ondan ayrılacağı veya onunla konuşmayacağını ifade etmesi üzerine gerçekleşen cinsel ilişkiler, hukuken koruma görmeyen değerler kapsamında kalacağından tehdit olarak nitelendirilemeyecek ve bu bağlamda çocuğun cinsel istismarı suçunu değil, şikayetin gerçekleşmesi koşuluyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır⁶³. Aynı şekilde tehdide konu hukuksal değer mağdura veya bir yakınına ait olması gerektiğinden, failin mağdurla cinsel ilişkiye girmeyi temin etmek adına cinsel ilişkiye girmezler ise intihar edeceğini bildirmesi üzerine gerçekleşen cinsel ilişkiler de Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesi kapsamında değil, reşit olmayanla cinsel ilişkiye girme suçunun yer aldığı 104. maddesi kapsamında cezalandırılacaktır⁶⁴.

⁶¹ Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 108. maddesinin gerekçesinde cebir, “*kişiyeye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesi*” olarak tanımlanmıştır (<https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>).

⁶² Kantarcı, s. 105.

⁶³ Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 105.

⁶⁴ Aksi yönde Bknz. Kantarcı, s. 105.

Yargıtay'ın özellikle tehdidin kullanıldığı cinsel ilişkiler bakımından geliştirdiği “tehdidin konusunu oluşturan zararın cinsel ilişki sonucunda gerçekleşecek olan zarardan daha ağır olması, tehdiye maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerektiği yönündeki” içtihadı, bu yönde bir değer tartımı yapması, çağdışı bir bakış açısının ürünü olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁵. Zira burada önemli olan husus,

⁶⁵ Dosya içeriğine göre, kayden 24.10.1994 doğumlu olup suç tarihlerinde 15-18 yaş aralığında bulunduğu anlaşılan mağdurenin, sanık H.'ın 3.11.2011 günü gece 01:51 sıralarında mağdurenin evinin balkonunda yakalanması üzerine başlatılan soruşturmada, aşamalarda istikrarlı olarak, 15 yaşını içerisinde bulunduğu 2009 yılı Şubat ayı içerisinde suça sürüklenen çocuk T. ile cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın suça sürüklenen çocuğun kendi evinde bir kez, 2010 yılı Eylül ayında suça sürüklenen çocuk T.'la ilişkiye girdiğini öğrenen suça sürüklenen çocuk İ. ile tehdit altında suça sürüklenen çocuğun evinde bir kez, 2010 yılı Kasım ayında ise başkalarıyla ilişkiye girdiğini öğrenen suça sürüklenen çocuk M. ile ilkinde cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın, ikincisinde ise önceki ilişkisini annesine söyleyeceği tehdidi altında kendi evinde iki kez, sanık H.'la 2011 yılı Eylül ayında ilkinde cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın, ikincisinde ise önceki ilişkilerini annesine söyleyeceği tehdidi altında kendi evinde iki kez, ilişkiye girdiğini, soruşturma sırasında sanıktan şikayetçi olup suça sürüklenen çocuklardan şikayetçi olmadığını, duruşmada ise sanıktan da şikayetçi olmadığını ifade ettiğinin anlaşılması karşısında; mağdurenin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden olmaksızın ilki suça sürüklenen çocuk T. ile olmak üzere, suça sürüklenen çocuk M., sanık H. ve sonrasında hakkında takipsizlik kararı verilen M. ve M. ile cinsel ilişkiye girdiğinin kendi kabulünde bulunduğu, mağdurenin yaşı, yaşam biçimi, sosyal konumu ve olayın intikal şekli de dikkate alındığında mağdureye yöneldiği iddia olunan suça sürüklenen çocuk İ.'in "T. ile ilişkiye girmişsin, benimle de gireceksin", suça sürüklenen çocuk M. ve sanık H.'ın "İlişkiye girdiğimizi annene söylerim" şeklindeki sözlerinin, aynı kişilerle daha önce de zor olmaksızın ilişkiye giren mağdure üzerinde objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmeyip, sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun sözler olmaması sebebiyle tehdit niteliğinde sözler sayılamayacağı, sonuç olarak sanık ve suça sürüklenen çocukların isnat edilen suçu tehditle işlemedikleri anlaşıldığından, cinsel istismar suçlarından açılan kamu davalarında eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulüyle, sanık H. yönünden şikayetten vazgeçme, suça sürüklenen çocuklar yönünden ise soruşturmanın başından beri şikayetin bulunmadığı gözetilerek düşme kararı, yasal unsurları oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ise beraatleri yerine mahkûmiyetlerine hükmolunması... (Yargıtay 14. CD.'nin 10.04.2014 tarihli ve E. 2013/6701, K. 2014/4837 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Mahkemece, sanığın mağdur Mehmet'i ilk olarak Düziçi ilçesinde 2008 yılı Aralık ayında su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlendiği, o tarihten olayın açığa çıktığı 01/09/2009 tarihine kadar sanığın mağdura yönelik olarak livata suretiyle cinsel istismar suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağduru kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmediği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehditte bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağdurun YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

somut olayın koşulları altında mağdurun eyleme rızasının olmaması, bu rızanın tehditle sağlanmış olmasıdır. Bu bakımından failin tehdidinin mağdurun cinsel ilişkiye rızası bakımından nedensel olması tek başına yeterli kabul edilmeli, bu nedenselliğin yoğunluğu üzerinden (az veya çok nedensel şeklinde) bir tartışma yapılmamalıdır. Bu bağlamda yukarıda ortaya koyduğumuz ölçüt doğrultusunda, “zarar beyanının objektif olarak ciddi olduğu” ve “mağdurun da bu beyandan etkilendiği” bir durumda, artık rızanın özgür iradeye dayalı olarak ortaya çıktığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁶.

ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek, hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de, dosya içeriğine göre; mağdurun 01.01.1992 doğumlu olup suç tarihinde 17 yaşında olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı'nın 18.09.2011 tarihli raporunda mağdurun “gerçeği değerlendirme yetisinin gelişmiş olduğu, algı, bellek, yönelim kusuru olmadığı, düşünce içeriğinde olayın duyulmasıyla çevrenin verdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğu”nun belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetin bulunmadığı, olayın sanığın müşteki Aykut'a basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdur Mehmet'e para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. 15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdiye maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşikardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin cebir ve tehditle gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkuadan uzak ve somut delillerin bulunmadığı anlaşıldığından, mağdurun suç tarihindeki yaşına göre TCK.nun 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 5. CD.'nin 23.05.2011 tarihli ve E. 2011/2970, K. 2011/4134 no'lu kararı, www.kazanci.com).

⁶⁶ Kantarcı, s. 108.

Burada evlenme vaadinin bir hile teşkil etmediğini ifade etmek de fayda vardır⁶⁷. Aynı durum mağdura pahalı bir hediye alma veya para verme vaadiyle gerçekleşen cinsel ilişkiler bakımından da geçerlidir. Ancak kanaatimizce, somut olayın koşulları içinde, “gerçekleştirilmeyecek olan vaatlerin” soyut yalanın dışına çıkıp çıkmadığı, ağır, yoğun, ustaca ortaya konulmak suretiyle sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı, bir mizansen boyutuna ulaşmış olup ulaşmadığı, basit bir denetimle anlaşılacak düzeyde iftihar kabiliyetini haiz olup olmadığı⁶⁸ ve “mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldırabilecek boyutlara” ulaşmış olup ulaşmadığı, bu bağlamda nedensel değeri haiz olup

⁶⁷ *Oluş ve kabule göre; suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK'nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 30.04.2015 tarihli ve E. 2014/1552, K. 2015/5994 no'lu kararı, www.kazanci.com). Eski Türk Ceza Kanunu'nda evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu 423. maddede düzenlenmişti, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda böyle bağımsız bir suç tipine yer verilmediği veyahut da kızlığın bozulması şeklinde neticelenen cinsel birlikteliklerin nitelikli bir hal olarak da tanımlanmadığı (Bknz. Eski Türk Ceza Kanunu'nun 418. maddesinin 2. fıkrası) görülmektedir. Kanaatimizce, “kızlığın bozulması” şeklinde bir olguya kanunlarda özel olarak yer verilmek suretiyle bu durumun hukukileştirilmemesi, bu bağlamda toplumda tabu haline getirilen eski bir ahlak anlayışının terk edilmesi yerinde olmuştur. Mevcut kanuni yapı çerçevesinde “kızlığın bozulması” ancak somut olayın özel birtakım koşulları çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesindeki kıstaslar dahilinde cezanın belirlenmesinde bir kıstas olarak kullanılabilir. Öğretide *Tezcan/Erdem/Önok* cinsel davranışa mağdurun rızasını temin etmek adına başvuru her türlü aldatıcı hareketi hile olarak nitelendirilip, evlenme vaadine inanılarak mağdur tarafından verilen rızanın da hukuken geçerli olmayacağını ifade etmektedir (*Tezcan/Erdem/Önok*, s. 413).

⁶⁸ *Taner'e göre her birey evlenme vaadinin, kişinin çok zengin olduğuna dair söylemlerin ve diğer vaatlerin gerçekleşmeyebileceğini bilmek ve buna göre davranmak durumundadır* (Taner, s. 135). Öğretide *Kantarıcı* da mağdurun saikinin veya failden olan beklentisinin tek başına cinsel ilişkiye girme hususunda verilen rızanın geçerliliğini etkilemeyeceği görüşündedir (Kantarıcı, s. 111). Kanaatimizce, “soyut bir yalana inanılması” hiçbir zaman “hile” teşkil etmeyecektir. Ancak soyut yalan, rızaya dayalı cinsel ilişkinin gerçekleşmesi için somutlaşmış, ağır, yoğun, ustaca sergilenmesi suretiyle mağdurun denetim olanağı ortadan kaldırılıp nitelikli bir hal almışsa, artık burada hilenin söz konusu olduğundan bahsedilmesi gerekecektir.

olmadığı özellikle araştırılmalıdır⁶⁹. Savunduğumuz görüş doğrultusunda burada hilenin nitelendirilmesi sadece objektif olarak değil somut olayın

⁶⁹ *Ancak yukarıda anlatılan ve subut bulan hali ile mağdure N. Dondurmacı'nın sanıkla cinsel ilişkiye girme rızasının sanığın kandırıcı nitelikte yoğun ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, mağdurenin gerçekte evlendiği inancı ile ve zincirleme şekilde sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, ancak buradaki rızasının gerçek iradesini yansıtmadığı, dolayısıyla sanığın eyleminin zincirleme nitelikte cinsel saldırı suçunu oluşturduğu anlaşılmalı ve sanığın cezalandırılması yoluna gidilmiş, temel ceza tayininde suçun işleniş şekli ve özelliği, sanığın kişiliği, kastı nazara alınarak alt sınırdan uzaklaşıp eylem sonucu mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu da anlaşılmalı ve cezası artırılıp yine sanığın mağdureye yönelik değişik tarihlerde cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdiği görülmekle zincirleme suç hükümleri uyarınca cezası artırılıp aşağıdaki hüküm kurulmuştur (Yargıtay 14. CD.'nin 05.05.2014 tarihli ve E. 2014/1933, K. 2014/5982 no'lu kararı, www.kazanci.com). Bu karar her ne kadar reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili değilse de hilenin ağır, yoğun, ustaca sergilenmesi suretiyle mağdurun rızasının elde edildiği durumlarda bu rızanın hukuken bir önemini olmayacağını tespit etmesi yönüyle yerindedir. Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergah açan sanığın, mağdurları cinsel organını ağzına alarak ve erekte ettikten sonra çıkan meniye yutarak badelenmeleri, daha da mertebelerinin yükselmelerini istiyorlarsa, sır odası denilen kapalı mekanda kapıyı kilitledikten sonra mağdurelerle vajinal, mağdurlarla anal yoldan ilişkiye girmelerini ve kendisine bu şekilde tabi olmalarını, bunun Allah'a yaklaşmak amacıyla yapılmasının gerekli olduğunu anlatarak ve içeriğinin ne olduğu anlaşılamayan bir sudan mağdurların rızaları ile içmemeleri halinde zorla ağızlarından akıtarak içmelerini sağlayarak, mağdurların bir kısmının nişanlı ya da eşlerini badelenme tabir edilen eylem ve cinsel ilişki için dergaha getirecek kadar sanığa inanıp aldanmaları gözetildiğinde, sanığın dini duyguları istismar ederek mağdurların iradelerini fesada uğratarak, hile kullanmak suretiyle elde etmiş olması sebebiyle itibar edilemeyecek olan irade açıklamaları niteliğindeki ifsad edilmiş rızaları ile gerçekleştirdiği oral, vajinal ve anal yollardan cinsel ilişkiye girme eylemlerinin, mağdurlar ile mağdurelere yönelen birden fazla nitelikli cinsel saldırı eylemleri nedeniyle TCK'nın 102/2 ve 43. maddeleri, mağdurlar Y. ve E. ile mağdureler A. ve N.'a yönelik birer defa gerçekleşen eylemleri nedeniyle TCK'nın 102/2. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken, mağdurların cinsel ilişkiye rızalarının geçerli olduğu biçimindeki yerini olmayan gerekçeyle beraat kararları... (Yargıtay 14. CD.'nin 03.10.2012 tarihli ve E. 2012/11328, K. 2012/9412 no'lu kararı, www.kazanci.com). Yargıtay yeni tarihli bir başka kararında ise tam tersi bir değerlendirmede bulunmuştur. Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurların aşamalarındaki beyanları, tanık ifadeleri, savunma ile tüm dosya kapsamına göre, kendisini din alimi olarak tanıtan sanığın, akıl ve ruh sağlığı yerinde olan mağdurlara karşı oral ve anal yoldan gerçekleştirdiği cinsel ilişkiye girme eylemleri sırasında cebir veya tehdit kullanmadığı gibi mağdurların da bu yönde bir iddialarının bulunmaması, sanığın kendisine itibar edilmesini sağlamak amacıyla sarf ettiği sözlerin aldatıcı nitelikten uzak olması ve eylemlerini mağdurların rızası ile gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, ilk derece mahkemesince sanığın mağdurlardan ...a yönelik eylemlerinden beraatine, mağdur ...'e karşı on beş-on sekiz yaş aralığında gerçekleştirdiği anal yoldan cinsel ilişkiye girme eylemleri reşit olmayanla cinsel ilişki kabul edilip, 5237 Sayılı TCK'nın 73/1. maddesinde*

koşulları altında sübjektif olarak da değerlendirilmelidir. Yani hilenin sadece 3. kişiler nezdinde aldatıcı vasfının olması yeterli olmayıp, mağdur bakımından da aldatıcılık vasfının olup olmağı kontrol edilmelidir. Aynı şekilde internette uzunca bir süre sohbet eden ancak birbirlerinin yüzünü hiç görmeyen iki kişinin cinsel ilişkiye gireceğini öğrenen failin 15 yaşını tamamlamış çocuk mağdura kendisi internette sohbet ettiği kişi olarak tanıtıp onunla cinsel ilişkiye girmesi halinde sadece söze dayalı bir yalanın ötesinde nitelikli bir yalanın unsurları da gerçekleşeceğinden, bu durumu bir hile olarak kabul edip reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yerine çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırma yapılması gerekecektir⁷⁰.

Mağdurun içinde bulunduğu sosyal şartlardan kaynaklanan çaresizlik halinden yararlanarak gerçekleştirilen rızaya dayalı cinsel ilişkilerin de “iradeyi etkileyen başka nedenler” kavramı içinde değerlendirilmemesi

düzenlenen altı aylık kanuni şikayet süresinin geçtiği gözetilerek bu suçtan görülen kamu davasının düşmesine, mağdurun on sekiz yaşından büyük olduğu dönemde gerçekleşen cinsel saldırı eylemlerinden ise beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması karşısında, söz konusu kararlara yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 11.02.2021 tarihli ve E. 2020/326, K. 2021/1125 no’lu kararı, www.kazanci.com). Kanaatimizce, bu gibi olaylarda önem arz eden husus, failin yalana doğru görünümü vermek adına ağır, yoğun, ustaca bir faaliyet içinde yer alıp almadığı, bu faaliyetlerle mağdurun sağlıklı düşünmesini, araştırma yapmasını ve denetimin gerçekleştirilmesini engelleyip engellemediğinin ortaya konulmasıdır. Soyut yalanların hile olarak algılanmasının mümkün olmadığı, hilenin objektif anlamda aldatmaya elverişli (kandırabilecek nitelikte) olmasının arandığı bir hukuk düzeninde, basit bir araştırmayla her türlü dini bilgiye ulaşılabileceğinin mümkün olduğu bir dönemde, yalana doğru görünümünü vermek adına faaliyet yürütüldüğü kanıtlanmadıkça, sahte bir din aliminin kendisiyle cinsel ilişkiye girilmesinin mağdur üzerinde olumlu dini etkileri olacağından bahisle mağduru ikna ederek cinsel ilişkiye girmesi somut olayın özelliklerine göre cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarını oluşturmayacaktır. Ancak yaratılan algı ortamı içinde mağdurun psikolojik körlük içinde kalması temin edilerek mağdurun doğru olmayan şeylere inanması sağlanmış ve bu şekilde mağdurun iradesi etkilenmişse, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçları oluşacaktır. Bu bağlamda konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, bazı psikolojik sorunları olan bir müridinin içine cin kaçtığını ifade eden, yalana doğru görünümünü vermek için de başka bir müridinin yardımıyla sanki odaya bir cin gelmiş gibi algı oluşturan, sonrasında bu cinin ancak kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde gideceğini mağdura ifade ederek onu cinsel ilişkiye ikna edip onunla birlikte olan kişi, mağdurun rızası dışında bir cinsel ilişki gerçekleşmiştir. Ancak kendisinin mesih olduğunu, kendisiyle cinsel ilişkiye giren kadınların cennete gideceğini söyleyen bir kişi, soyut yalanını nitelikli hale getirmek adına bir faaliyet içinde yer almamışsa, etrafındaki yakın dostlarına bunun bir yalan olduğunu söylemiş olsa dahi, hileli bir harekette bulunmuş sayılmayacaktır.

⁷⁰ Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 111.

gerekir⁷¹. Ancak bu çaresizlik hali, mağdurun özgürce karar verme serbestisini olumsuz etkileyebilecek boyuta ulaşmış ve etkilemişse, söz konusu durum iradeyi etkileyen başkaca nedenler arasında değerlendirilmelidir. Örneğin bir eroin bağımlısının parasız kaldığı için çok az miktarda uyuşturucu için herkesle yatmayı kabul edebileceği bir ortamda, söz konusu çaresizlik hali mağdurun özgürce karar verme serbestisini olumsuz etkileyebilecek boyuta ulaşmış ve etkilemiş olduğundan, bu durum iradeyi etkileyen başkaca bir neden olarak değerlendirilmelidir. Mağduru baştan çıkarmaya yönelik iltifat edici sözler veya birtakım pahalı hediyeler almak “iradeyi etkileyen başkaca nedenler” arasında yer almayacaktır. Mağdurun içeceğine uyku ilacı veya cinsel istek artırıcı ilaç koymak ise, kanaatimizce iradeyi etkileyen başkaca nedenler arasında değerlendirilmelidir.

Fail tarafından mağdurun direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde ani şekilde gerçekleştirilen hareketler de iradeyi etkileyen başkaca nedenler arasında yer alacaktır, zira bu gibi durumlarda mağdurun iradesini kullanmasına fırsat tanınmamakta, mağdurun vücuduna rızası dışında bir

⁷¹ Yukarıda izah edilen hususlar ve tüm dosya kapsamına göre; sanıklar ..., ... ile ...'un eylemlerini mağdurun düzeltilen doğum tarihine göre onbeş yaşını bitirmesinden sonra gerçekleştirdiklerinin oluşa uygun kabul edildiği, ... Devlet Hastanesince düzenlenen 08.01.2007 tarihli raporda mağdurun cinsel saldırı eylemine karşı kendini savunabileceği, cinsel saldırı eyleminin hukuki anlam ve önemini fark edebildiği ve sonuçlarını algılama yeteneğinin yeterince geliştiğinin belirtildiği, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 25.07.2007 tarihli raporu ile mağdurdaki herhangi bir akıl hastalığına rastlanılmadığının, zeka geriliği veya çocukluk çağı psikiyatrik sendrom arazi bulunmadığının, beyanlarına itibar edilmesine tıbbi bir engel bulunmadığının tespit edildiği, mağdurun, annesinin ölümünden sonra babası ve üvey annesi tarafından sahihsiz bırakılmış olması, bu nedenle sokaklarda yaşamak zorunda kalması, halkın verdiği yiyeceklerle geçinmesi, yönlendirmeye müsait bir yapısının bulunması ise ancak bir çaresizlik hâli olarak kabul edilebilecek ise de, 5237 sayılı TCK'nın 103'üncü maddesinde aynı Kanununun 80 ve 227'nci maddelerinde kabul edildiği gibi çaresizlik hâlinin suçun tipiklik unsuru ya da nitelikli hali olarak kabul edilmediği, belirtilen durumun mağdurun iradesini etkileyip eyleme karşı koymasına engel bir neden olarak kabul edilemeyeceği, aksine kabul ve uygulamanın ise suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlama yasağı ile kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezaların arttırılıp eksiltilemeyeceği ve değiştirilemeyeceği hükmüne aykırı olacağı, bu sebeple sanıklar ..., ... ile ...'un onbeş yaşını tamamlamakla birlikte onsekiz yaşını tamamlamayan ve maruz kaldığı fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan mağdurla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın anal yoldan cinsel ilişkiye girmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı... (Yargıtay14. CD.'nin 15.03.2016 tarihli ve E. 2015/8952, K. 2016/2503 no'lu kararı, www.lexpera.com).

müdahalede bulunulmakta, adeta anlık da olsa mağdurun iradesi felce uğratılmaktadır. Örneğin failin uyku halinde olan 15 yaşını doldurmuş çocuk mağdura anlık bir hareketle cinsel organını sokup çıkarması, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır.

İradeyi etkileyen başkaca nedenlerin fail tarafından yaratılması şart olmayıp önemli olan nasıl gerçekleşmiş olursa olsun mağdurun bir şekilde bu durum içerisinde yer almasıdır, bu bağlamda mağdurun kendisini bizzat böyle bir duruma sokması ve failin de bu durumdan yararlanması halinde mağdurun geçerli bir rızasının olmayacağı açıktır⁷².

Olayların birçoğunda fail ile mağdurun alınan alkolün de etkisiyle cinsel ilişki yaşadıkları görülmektedir. Burada dikkat edilecek olan husus şudur: Şayet mağdur kendi iradesiyle alkol alıp faille cinsel ilişkiye girmiş olsa dahi, somut olay özelinde mağdurun sarhoşluğu onu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını tam olarak algılayamayacak bir hale getirmiş, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede ise ve bu durum fail tarafından bilinmekteyse, artık burada reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu işlenmiş olacaktır⁷³. Burada sarhoşluk halinin “iradeyi etkileyen başka nedenler” kavramı içinde değerlendirilebilmesi için mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldırması veya önemli ölçüde etkilemiş olması değil, eylem bakımından nedensel olması (öзgürce karar verme serbestisini olumsuz etkileyebilecek boyuta ulaşmış ve etkilemiş olması) yeterli kabul edilmelidir⁷⁴.

Mağdurun cinsel ilişkiye verdiği rıza meşru amaç ve saiklerle olabileceği gayri meşru amaç ve saiklerin tatbiki içinde de olabilir. Mağdurun ilişkiye rıza verirken meşru veya gayri meşru zeminde olmasının bu bakımdan önemi yoktur. Örneğin bir iş insanına tuzak kurup onunla cinsel ilişki yaşanan 15 yaşını tamamlamış çocuk iş insanını şikayet edeceğinden ve onu herkese rezil edeceğinden bahisle belirli bir miktarda para talebinde bulunsa, hatta en nihayetinde tüm bu olaylar neticesinde mağdur şantaj suçu sebebiyle cezalandırılmış olsa bile, burada mağdurun rızasını hangi saik ve

⁷² Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 115.

⁷³ Ancak fail, mağdurun sarhoşluğunun ve bu sarhoşluğun derecesinin farkında olmaması sebebiyle cinsel ilişkiye girme hususunda mağdurun rızası olmamasına rağmen mağdurun rızasının mevcut olduğunu düşünüyorsa, hata hükümlerinden yararlanmalı ve mağdurun şikayeti gerçekleşmişse reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılmalıdır (Aynı yönde Bknz. Akbulut, s. 284).

⁷⁴ Kantarcı iradeyi etkileyen başkaca nedenlerin rızayı ortadan kaldırabilmesi için mağdurun irade oluşturmasını “önemli derecede” etkilemiş olması gerektiği düşüncesindedir (Kantarcı, s. 115).

amaçlarla açıkladığının bir önemi olmayacağından, mağdurun şikayeti üzerine bu iş insanının reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması gerekecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda “suçun kurucu unsuru olarak ortaya çıkan cinsel ilişkiye rıza” ile kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından eylemi “hukuka uygun hale getiren rızayı” birbirine karıştırmamak gerekir. Bu bağlamda, fail, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir mağduru yazlık evine götürür ve o evde birlikte kalarak cinsel ilişki yaşanır, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gerçekleşmiş; ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gerçekleşmemiş olacaktır⁷⁵. Bu şekilde kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk etmiş olan çocuğu, çocuğun bu durumu bilerek yanında tutan fail Türk Ceza Kanunu’nun 234. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sorumlu

⁷⁵ ...suç tarihinden önce sanığın komşusunun kızı olup aynı zamanda kendi kızının okul arkadaşı olan onaltı yaşı içerisindeki mağdure ile bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde cebir veya hile olmaksızın, tehdit iddiası konusunda da mahkumiyete yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve yeterli delil bulunmaksızın kendine ait evlerde birden fazla cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle eylemin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyetine ve yaşı itibarıyla hukuken geçerli rızasına istinaden mağdureyi yanında tuttuğunun anlaşılması karşısında üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurlar itibarıyla oluşmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde münsnet suçlardan mahkumiyetine hükmedilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 15.12.2016, E. 2016/8648, K. 2016/8508 no’lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 551). Olayın meydana çıkış biçimi, müracaatın yapılış zamanı, savunmalar ile tüm dosya kapsamına göre, sanıklar ile suça sürüklenen çocuğun, mağdureye yönelik eylemlerini zora dayalı gerçekleştirdiklerine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, mağdure hakkında Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen 30.05.2012 tarihli raporda “mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği ve olaya ruhsal yönden muktedir bulunduğu” belirtilmesi de nazara alındığında, suça sürüklenen çocuğun, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğu 2008 yılı Aralık ayının ilk haftasındaki eylemine dair olarak TCK’nın 103/2, 31/3 ve 109/1-3-f-5, 31/3. maddeleri uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi, suça sürüklenen çocuk ile sanık haklarında mağdurenin onbeş-onsekiz yaş grubunda bulunduğu 2009 yılı Şubat ayındaki çocuğun cinsel istismarı suçundan açılan kamu davalarına konu eylemlerin ise TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup aynı Kanununun 73/1. maddesinde öngörülen 6 aylık şikâyet süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, bu suçlara dair kamu davalarının şikâyet yokluğu sebebiyle düşmesine ve aynı Kanununun 26/2. maddesi kapsamında mağdurenin hukuken geçerli rızasına istinaden sanık ile suça sürüklenen çocukla birlikte kalmaması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı gözetilerek bu suçtan beraatlerine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hükümler kurulması... (Yargıtay 14. CD.’nin 30.11.2016 tarihli ve E. 2016/3510, K. 2016/8162 no’lu kararı, www.kazanci.com).

kılınabilecektir⁷⁶. Nitekim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları da bu yöndedir⁷⁷.

⁷⁶ Ersin Şare, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 1009.

⁷⁷ *Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 14.06.2012 günlü raporu ile "... ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olan travma sonrası stres bozukluğu denilen psikiyatrik bozukluk ile sınır-hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı tespit edildiği, kendisinde tespit edilen zeka geriliğinin olay tarihindeki yaşı da dikkate alındığında mağduru bulunduğu olayın kötülüğünü anlamasına ve ruhsal yönden karşı koymasına engel olacak mahiyet ve derecede bulunmadığı ve kendisinde mevcut zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı" oybirliğiyle bildirilen, suç tarihinde onyediyedi yaşta içerisinde bulunan mağdurenin, olay günü sanık ve suça sürüklenen çocukla buluşup, çarşıdan alkollü içecek aldıktan sonra sanığın arkadaşının evine gittiği, burada alkol aldıktan sonra önce sanık ardından suça sürüklenen çocukla cinsel ilişkiye girmesinin ardından dışarıya çıkıp suça sürüklenen çocukla diskeye giderek burada da bira içtikten sonra birlikte yolda giderken polisler tarafından yakalandıkları olayda, sanık ve suça sürüklenen çocuğun mağdureye yönelik eylemlerinde cebir, tehdit veya hile kullandıklarına ilişkin mağdurenin dahi bir beyanda bulunmadığını ve alkollü rızasıyla aldığına anlaşılması karşısında, sanık ile suça sürüklenen çocuğun eylemlerinin TCK'nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki ve TCK'nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek, bu suçlardan mahkûmiyetleri yerine, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetlerine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 10.11.2015 tarihli ve E. 2015/5752, K. 2015/10400 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Mağdurenin aşamalarındaki anlatımlarına, sanığın mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği şeklindeki savunmalarına, duruşmada mağdure dinlenirken hazır bulunan pedagogun mağdurenin yönlendirmeye açık olduğu ve beyanlarına itibar edilemeyeceği biçimindeki görüşüne ve tüm dosya içeriğine göre, 17 yaşını bitiren mağdurenin, sanığın arabasıyla gezdikten sonra arabanın içinde rızasıyla sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, eylemlerin bu haliyle 5237 Sayılı T.C.K.nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki ve 5237 Sayılı T.C.K.nın 234/3 maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçlardan mahkûmiyeti yerine, çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 18.02.2014 tarihli ve E. 2013/11356, K. 2014/1813 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *...düzeltilen yaşına göre 17 yaşta içerisindeki mağdureyi rızasıyla alkoyan sanık C.'in, aynı Kanununun 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından sözedilemeyeceği, ancak sanığın mağdurenin kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın evden ayrıldığını bildiği halde ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin birlikte kalmalarının T.C.K.nın 234/3. maddesinde öngörülen çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek ek savunma hakkı verilerek bu maddeden mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 20.09.2013 tarihli ve E. 2013/6432, K. 2013/9439 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Yerel mahkemece kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçundan açılan davada mağdurenin rızasıyla gidip kaldığından bahisle beraat kararı verilmiş ise de, 15-18 yaş grubuna dahil olup evden kaçan mağduru rızasıyla kendi evine YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

B) SUÇUN MANEVİ UNSURLARI

Bu suçun manevi unsuru bakımından genel kast yeterlidir. Failin mağdurun 15 yaşını doldurmuş, ayırt etme gücüne sahip bir kişi olduğunu ve cinsel ilişkiye rızasının olduğunu bilmesi ve cinsel ilişkiye girmek istemesi yeterli kabul edilmelidir.

Failin mağdurun şahsında veya yaşı konusunda yanılması, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddenin 1. fıkrası hükmü gereğince kastı ortadan kaldıran bir hata hali ortaya çıkarabilir⁷⁸. Örneğin sarhoş olan fail karısıyla cinsel

götürüp alıkoymaktan ibaret eylemin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu değil TCK'nun 234/3. maddesinde tanımlanan "kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma" suçunu oluşturduğu, bu suçta şikayet hakkının kanuni temsilciye ait olduğu ve mağdurun yasal temsilcisinin sanıktan şikayetçi olduğu, bu suç münhasıran uzlaşmaya tabi olsa da uzlaşma kapsamında olmayan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile birlikte işlendiği için uzlaşmaya tabi olmaktan çıktığı ve sanığın bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği... (İstanbul BAM, 20. CD.'nin 17.12.2018 tarihli ve E. 2017/2868, K. 2018/2085 no'lu kararı, www.lexpera.com).

⁷⁸ *...sanıklar ...,'ın ifadelerinde mağdurenin kendilerine Üniversite 2. sınıf öğrencisi olarak tanıtıldığını savunmaları karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli karar hakkına ilişkin 25.03.2015 günlü, 2014/6419 başvuru numaralı kararı ve tüm dosya içeriği nazara alınarak, olayda 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin de uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılıp bu yöndeki savunmanın reddi nedenleri karar yerinde açıklandıktan sonra hükme varılması gerekirken, eksik gerekçe ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükümleri kurulması suretiyle ... sayılı CMK'nın 230. maddesine muhalefet edilmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 20.05.2019 tarihli ve E. 2019/2794, K. 2019/9847 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Mağdure beyanı, savunma ile tüm dosya kapsamı ve kabule göre; suç tarihine yakın bir zamanda kaldığı bakımevinden kaçan mağdurenin tanıştığı ve adını ... olarak bildiği kadından etkilenerek geçimini sağlamak için fuhuş yapmaya karar verdiği, bu nedenle olay gecesi saat 22:00 sularında yol kenarında beklediği sırada kullandığı arabayla seyir halinde olan sanığın yanında durup aracına aldığı mağdureyle yemek yedikten sonra ilişkiye girme konusunda anlaşığı ve araçta soydukları sırada devriye gezen polis ekibinin gelip camı tıklatması nedeniyle ilişkiye giremedikleri anlaşıldığından, mağdurenin, sanığa onsekiz yaşında olduğunu söylediğinin taraflarca ifade edilmesi, dosyaya getirilen doğum tutanağı ile Nazilli Devlet Hastanesine yazılan müzekkere cevaplarına göre resmi bir kurumda doğup doğmadığı dosya kapsamından anlaşılmayan mağdurenin kayden 15.06.1997 doğumlu olup nüfusa 01.02.2001 tarihinde tescil edilmesi ve mağdurenin olaydan yaklaşık iki ay sonra mahkemede görüntülü kayda alınan beyanında gözlemlenen fiziki özellikleri de nazara alındığında, öncelikle suç niteliğine etkisi nazara alınarak resmi bir kurumda doğup doğmadığının araştırılıp doğmadığının tespit edilmesi halinde yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çekirilip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra suçun niteliği ile sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği ve mağdurenin onbeş yaşından küçük* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

ilişkiye girdiğini zannedip 17 yaşındaki baldızıyla onun rızası dahilinde cinsel ilişki yaşar, baldızı da eylem sonrasında şikayetçi olmaya kalkar ise, burada fail artık esaslı hataya düştüğünden dolayı fiili cezalandırılmayacaktır. Aynı şekilde mağdurun faile sahte bir nüfus cüzdanı göstermesi üzerine failin mağduru 20 yaşında zannedip onunla cinsel ilişkiye girdiği bir durumda, failin düştüğü bu hata kastı kaldırıcı bir etkiye sahip olacağından, bu suç tipi oluşmayacaktır.

Fail 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığı biliyorsa, TCK 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacak; ancak failin aynı yaş grubundaki mağdurun bu zihinsel yetersizliğini bilmiyorsa, TCK 30/1 hükmü gereğince hata durumu ortaya çıkacak, failin fiili reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturabilecektir⁷⁹.

olduğunun tespiti halinde dahi sanık savunmaları, mağdure beyanı, sanık ile mağdurenin tanışma şartları, daha önceden birbirlerini tanımıyor olmaları, olay gecesini ilk defa karşılaşmaları, yaş konusunda aralarında geçen konuşmalar ile mağdurenin gözlemlenen fiziki ve bilişsel durumu da gözetilerek sanığın, mağdurenin yaşı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşüp düşmediğinin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması... (Yargıtay 14. CD.'nin 17.04.2017 tarihli ve E. 2014/7126, K. 2017/2093 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁷⁹ *Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğine göre suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş aralığında olan mağdurenin aşamalarda beyanlarında, olay günü rızasıyla ilişkiye girdiği sanıkları daha önce hiç görmediğini ve tanımadığını belirtmesi, sanıkların tüm savunmalarında mağdureyi daha önce tanımadıklarını ve ilk kez olay günü gördüklerini, mağdurenin normal bir kişi görünümünde olduğunu ve herhangi bir akıl hastalığı veya zeka geriliği bulunduğu dair gözlemlerinin olmadığını belirtmeleri, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 28.12.2012 tarihli raporda, mağdurenin kendisinde mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği, ancak yakın çevresinde yaşayanlarca ve kendisini tanıyanlarca anlaşılabilirliğinin mütalaa edilmesi ve tüm dosya kapsamına göre; sanıkların, mağdurenin kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, buna göre sanıkların mağdureye yönelik gerçekleştirdikleri eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, söz konusu suçun kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu ve mağdure ile annesi müşteki sanıklardan şikayetçi olmadıklarını ifade etmeleri hususu gözetilerek, sanıklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan açılan kamu davalarının düşmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 15.06.2017 tarihli ve E. 2017/985, K. 2017/3351 no'lu kararı, www.kazanci.com), *...akıl hastalığı veya zavıflığının hekim olmayanlarca veya tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında açıklayıcı rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 05.04.2016 tarihli ve E. 2016/2896, K. 2016/3319 no'lu kararı, www.kazanci.com)

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Benzer şekilde kendi ülkesinde 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir kadınla rızaya dayalı cinsel ilişkiye girme eylemi cezalandırılmayan yabancı uyruklu bir kişinin Türkiye’de tatil yapan arkadaşlarının yaşadıkları cinsel deneyimlerden hareketle bu tarz bir eylemin haksızlık teşkil etmediğini düşünüp gerçekleştirmesi ve sonrasında arkadaşlarının durumundan farklı olarak hakkında şikayette bulunulması halinde, koşulları oluşmuşsa, Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 4. fıkrası uyarınca cezalandırılmayabilir. Aynı hukuki durum lisede bütün arkadaşlarının kendi aralarında cinsel ilişkiye girdiği bir ortamda bulunan 17 yaşındaki failin bunun bir haksızlık teşkil etmediğini düşünerek aynı yaştaki sınıf arkadaşıyla gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler bakımından da geçerli olabilecektir.

Failin cinsel saiklerle, şehvet maksadıyla, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket edip etmemesi bu suçun işlenmesi bakımından bir önemi haiz değildir⁸⁰. Failin bu suçu karşı tarafa veya kendisine acı vermek, karşı tarafı küçük düşürmek maksadıyla işlemesi mümkün olabileceği gibi tamamen duygusuz bir biçimde de gerçekleştirmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda önemli olan cinsel birleşmenin gerçekleşmiş olması olup, bunun hangi saik veya amaçlarla gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur.

Bu suçun olası kastla işlenmesi mümkündür⁸¹. Örneğin failin mağdurun 17 yaşında olabileceğinden şüphelenmesine rağmen onunla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde, olası kastla bu suçu işlemiş olacaktır. Ancak failin mağdurun evli olması sebebiyle onun 18 yaşını doldurmuş olduğunu düşünüyorsa, suçun maddi unsurunda esaslı bir hataya düştüğünden, Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu suç tipi oluşmayacaktır.

⁸⁰ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4180., Doğan, s. 140., (Beyazıt, s. 301)., Sevük, s. 177., Akdağ, s. 179. Öğretide *Kartal ise*, cinsel ilişkiyi *bir kimsenin cinsel organını bir başkasının vajına ya da anüsüne şehvi hislerle sokması olarak tanımlamıştır* (Kartal, s. 2089). Gerçekten de olayların birçoğunda yazarın tespit ettiği gibi suç teşkil eden hareket şehvi hislerle gerçekleştirilecek olsa da bu tarz bir hissin olmadığı cinsel birleşmeleri suç kalıbının dışına çıkarmak Türk Ceza Kanunu’nun nitelikli cinsel saldırı ve nitelikli cinsel istismar suçları bakımından kabul ettiği bakış açısıyla uyumlu değildir. Ayrıca kanunda özellikle zikredilmediği sürece ceza hukukunun failin saiki ve amacıyla ilgilenmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

⁸¹ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4180., Doğan, s. 140-141., Tezcan/Erdem/Önok, s. 489., Aksakal, s. 265., Köksal, s. 708., Kantarcı, s. 120., Özen, s. 406. Öğretide *Taner ise* cinsel ilişkiye girme davranışının fail tarafından doğrudan istenmesi gerektiğinden bahisle bu suçun olası kastla işlenemeyeceği görüşündedir (Taner, s. 379). *Taner*’le aynı yönde Bknz. Kartal, s. 2089.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasında işlenmesi durumunda ise, failin mağdur ile arasında evlenme yasağını ortaya çıkaran akrabalık ilişkisini de bilmesi gerekeceğinden, failin uzun yıllar önce terk ettiği, bir daha da görüşmediği, aralarında evlenme yasağının olduğunu bilmediği 15 yaşını tamamlamış çocuğuyla cinsel ilişkiye girmesi suçun nitelikli hali üzerinden değil, şikayetin gerçekleşmiş olması şartıyla suçun basit hali üzerinden cezalandırılacaktır.

C) SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Kanaatimizce, bu suçta fail ile mağdur arasındaki “evlilik ilişkisi” bir hukuka uygunluk sebebi yaratabilir⁸². Zira bir evlilik birliği içinde “rıza dayalı cinsel ilişkiler” Türk Medeni Kanunu 185. maddesi uyarınca mutlu bir evlilik birliğin ve birlikte yaşamının doğal bir parçası olup, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmelidir⁸³. Bu bağlamda, evlenmeyle rüşt olan karısının rızasıyla cinsel ilişkiye giren kocanın sonradan karısının şikayetiyle fail olması mümkün değildir. Ancak burada hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin imam nikahıyla veya imam nikahı olmaksızın fiilen birlikte yaşamaların söz konusu olduğu durumlarda veya nişanlılık gibi durumlarda geçerli olmayacağını ifade etmek gerekir⁸⁴.

D) SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Bu suçun nitelikli halleri, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu nitelikli hallerin

⁸² Öğretide *Kartal* ise bu suç tipi bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı görüşündedir (Kartal, s. 2090., Öğretide *Şare*, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliği yaş üzerinden tanımlandığı için evlenmenin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından (cinsel ilişkinin evlilik içinde veya evlilik dışında yaşanmasından bağımsız olarak) bir hukuka uygunluk sebebi yaratmayacağı, burada ancak Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen hata hükümlerinin devreye girebileceği görüşündedir (Şare, s. 1017-1018).

⁸³ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4177-4179., Beyazıt, s. 302., Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 387., Köksal, s. 707. Öğretide *Akdağ*, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin tatbik koşullarından birinin hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması olduğunu ifade ederek karşı tarafın rızasına dayalı bir hak kullanımı olamayacağından hareketle, bu suç tipi bakımından fail eşin hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı, fail eşin mağdur eşin şikayeti üzerine cezalandırılabileceği görüşündedir (Akdağ, s. 172-173). Oysa kanaatimizce, evlilik birliği içinde “rıza dayalı cinsel ilişkiler” her iki taraf açısından da bir hak oluşturur, hakkın niteliği gereği “karşılıklı rıza” “hakkın doğumu” adına bir ön koşuldur. Bu yüzden de evlilik birliği içinde hukuken kendisine tanınmış olan hakkın kapsamında hareket etmiş olan eşin partneri konumunda olan diğer eşin sonradan değişen iradesine göre cezalandırılması mümkün değildir.

⁸⁴ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4179., Köksal, s. 707., Kantarcı, s. 124.

gerçekleştiği durumlarda, hem suçun takibinin resen yapılması söz konusu olacağından hem de suçun yaptırımı ağır bir biçimde artırılmış olduğundan artık bir “cinsel ilişkiden” ziyade bir “cinsel istismarın” varlığından bahsedilmesi daha doğru olacaktır. Bu bağlamda söz konusu nitelikli hallerde kanunda yer verilmesinin amacı fail ile mağdur arasındaki belirli ailevi statülerin ve ilişkilerin istismarının önlenmesi⁸⁵, bu hukuki ilişkilerin süjesi konumunda bulunan 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukların cinsel ilişkiye olan rızalarının önemsiz hale getirilmesi suretiyle, onlara bir dokunulmazlık alanı yaratmaktır⁸⁶. Hiç kuşkusuz söz konusu nitelikli haller, fail bakımından görünüşte özgü suç durumunun yaratılmasını sağlamıştır.

1) SUÇUN MAĞDUR İLE ARASINDA EVLENME YASAĞI BULUNAN KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİ

Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesinde “kimler arasında evlenme yasağının bulunduğu” ifade edilmiş bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre, üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında⁸⁷; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasağı söz konusudur. İşte fail ile mağdur arasında

⁸⁵ Söz konusu nitelikli hallerin ailevi niteliği (yakın akrabalık-evlat edinme öncesi bakım ilişkisi-koruyucu aile ilişkisi) haiz olduğu, özellikle çocukların “ailevi temelli ilişkiler” sırasında daha kolay yönlendirilmeye açık olmaları sebebiyle, cinsel yönden istismarının engellenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucunun bir amacı toplumun temel taşı olan aileyi korumak, diğer amacı da aile içinde yetişmekte olan çocuğun bedensel, ruhsal ve sosyal bakımından sağlıklı gelişimini sağlamak olduğu açıktır.

⁸⁶ Öğretide Akdağ, “çocuk üzerinde yönlendirme imkanı fazla olan diğer sülhelerin” de yapılacak olan yeni bir düzenlemeyle bu suç bakımından ortaya çıkan nitelikli haller kapsamına alınması gerektiği görüşündedir. Bu bakımdan yazar, aynı Türk Ceza Kanunu'nun 103/3-d hükmüne benzer bir düzenlemenin bu madde bakımından da yapılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir (Akdağ, s. 184). Öğretide Şen de, yapılacak olan bir kanun değişikliğiyle 15 yaşını tamamlamış çocukla rızaya dayalı cinsel ilişki kuran kişinin çocuğun eğitimi veya öğretmeni olmasının bu suçun nitelikli halleri kapsamına dahil edilmesi gerektiği görüşündedir (Ersan Şen, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik Önerisi”, in **Yorumluyorum-XII**, Ankara, 2016, s. 276). Kanaatimizce de bu suçun nitelikli hallerinin sadece ailevi temelli ilişkiler üzerinden oluşturulması eksik olmuştur. Bu eksikliğin diğer cinsel suç tiplerindeki düzenlemelere paralel bir biçimde giderilmesinde fayda vardır.

⁸⁷ Burada evlenme yasağı ana bir veya baba bir veyahut da her ikisinin bir olduğu öz kardeşler arasındadır. Ortak bir kan bağına sahip olmadığı üvey kardeşler arasında evlenme yasağı yoktur.

bu evlenme yasağının söz konusu olduğu durumlarda, faille 15 yaşını doldurmuş, ayırt etme yeteneğini haiz çocuk arasında gerçekleşmiş olan rızaya dayalı cinsel ilişkiler hem resen kovuşturulacak hem de işlenen suçta daha fazla hapis cezası tatbik edilecektir. Böylece “mağdurun yaşıyla sınırlı”, “evlenme yasağı” üzerinden tanımlanmış bir “ensest ilişki yasağı”nın⁸⁸ kanun koyucu tarafından düzenlendiği ve bu yasağın ihlalinin ağır bir biçimde yaptırım altına alındığı görülmektedir⁸⁹. Burada yasağın kapsamı sınırlı tutulduğundan, bir kimsenin 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kuzeniyle veya baldızıyla veya üvey kardeşi ile rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmesi Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 2. fıkrasındaki suçun nitelikli halini değil, mağdurun şikayeti üzerine suçun basit halini oluşturacaktır.

Burada bu hükmün sadece resmi evlenme neticesinde ortaya yakın akrabalık ilişkileri bakımından mı söz konusu olacağı yoksa gayri resmi birlikteler neticesinde kurulan yakın akrabalıklar bakımından da geçerli olup olmayacağı tartışılmaya değerdir. Kanaatimizce, üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında cinsel ilişkiler bakımından evlenmenin resmi olması veya gayri resmi birliktelik şeklinde olması bakımından bir fark mevcut değildir. Ancak kayın hısımlığı ancak resmi evlilikle kurulan bir akrabalık bağı olduğu için burada evliliğin resmi olarak mevcut olması şart görünmektedir. Bu bakımdan evlenmeden birlikte yaşadığı kişinin 15 yaşını doldurmuş çocuğu ile cinsel ilişkiye giren fail, resmi evlilik ilişkisi içinde olmadığından, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin ikinci fıkrasındaki suçu değil, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin birinci fıkrasındaki suçu işlemiş olacak, şikayetin gerçekleşmesi halinde de cezalandırılacaktır. Oysa aynı fail, resmi evlilik gerçekleştirdiği karısının başkasından olan 15 yaşını doldurmuş çocuğuyla karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmiş olsaydı, Türk Ceza Kanunu’nun 104.

⁸⁸ Öğretide *Genç/Coşkun*, encest ilişkisinin hatalı olarak genellikle aralarında kan bağı bulunan, evlenmeleri kanunlarla engellenen akrabalar arası cinsel ilişki olarak tanımlandığı, oysa encestin *evlenmeleri yasak olan reşit kişiler (rıza ehliyeti olan) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki* olarak tanımlanmasının hukuken daha doğru olacağı görüşündedir. Yazarlara göre, encestin suç olarak tanımlanması halinde, bu suç tipi “çok failli” bir suç niteliği arz edeceğinden tarafların her ikisi de fail olacak, taraflardan biri mağdur olarak karşımıza çıkmayacaktır (Şura Genç / Seçil Coşkun, “Encest”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 106, s. 217).

⁸⁹ Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen bu hüküm, 5237 sayılı Kanun’un hazırlanma sürecinde Adalet Komisyonu’nun değişiklik teklifi ile gündeme gelmiş, ancak o dönem bu değişiklik teklifi kanunlaşmamıştı. O dönemde suçun cezası, 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştü.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

maddesinin 2. fıkrasındaki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halini işlemiş olacak ve bu suçtan dolayı resen kovuşturulacaktır.

2) SUÇUN, EVLAT EDİNECEĞİ ÇOCUĞUN EVLAT EDİNME ÖNCESİ BAKIMINI ÜSTLENEN VEYA KORUYUCU AİLE İLİŞKİSİ ÇERÇEVESİNDE KORUMA, BAKIM VE GÖZETİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ BULUNAN KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİ

Burada iki farklı nitelikli hal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, failin evlat edineceği çocuğun “evlat edinme öncesi bakımını üstlenen” kişi olmasıdır. İkinci nitelikli hal ise, failin “koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi” olmasıdır.

Burada faille mağdur arasında “evlat edinme öncesi bakım ilişkisi⁹⁰” veya “koruyucu aile ilişkisi⁹¹” olmalı, fail tahdidi olarak sayılan bu yakın

⁹⁰ Türk Medeni Kanunu’nun 305. maddesinin 1. fıkrasına göre, *bir küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır.* Bu bağlamda bu nitelikli hal, ancak evlat edinecek olan kişinin evlat edinilecek olan 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukla, bu çocuğun rızası dahilinde, bir yıllık deneme süresi içinde gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Öğretide *Taneri* ise bu fıkranın tatbik alanının 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nda yer alan çocuğun bakımını üstlenecek kurumlar temel alınarak belirlenmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu nitelikli halinin faili ancak çocuk yuvaları, yetiştirme yurtları, çocuk destek merkezleri gibi çocuklarla ilgili 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nda sayılmış olan kurumlarda çalışan, çocukların bakımı ve gözetimiyle yükümlü kılınmış olan kişilerdir (*Taneri*, s. 161-162). Oysa Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 3. fıkrasında açıkça sadece “evlat edineceği çocuğun” evlat edinme öncesi bakımını üstlenen kişinin bu suçun nitelikli halinin faili olabileceğini düzenlemiştir. Yoksa bu nitelikli hal bakımından ortaya konan kriterin “çocukların devlet tarafından bakımlarının üstlenilmesi” üzerinden yorumlanması mümkün değildir. Kanaatimizce, bu görüş olması gereken hukuk bakımından yerinde olsa da, mevcut kanun hükmünün açık lafzı karşısında hükmün bu şekilde yorumlanması hiçbir biçimde mümkün değildir.

⁹¹ *Serdar* koruyucu aileyi; *mahkemece hakkında korunma kararı alınan çocuğun, sevgi, ilgi ve hoşgörü ile büyümesi ve fiziksel, duygusal, sosyal ve zihinsel olarak sağlıklı gelişip, topluma uyumlu, yararlı bireyler olarak yetiştirilmesini sağlamak amacıyla, geçici veya sürekli, ücretli veya gönüllü olarak aile ortamında bakımını gerçekleştirecek ve öz ana babanın yerini tutacak bir aile olarak tanımlamaktadır* (İlknur Serdar, “Koruyucu Aile”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, 2000, s. 468). Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 23. maddesinde ve Koruyucu Aile Yönetmeliği’nde koruyucu aile statüsünün nasıl oluşacağı ayrıntılarıyla izah edilmiştir. Koruyucu Aile Yönetmeliği’nin 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, *koruyucu aile sözleşmesi imzalanıncaya kadar çocuk ve ailenin birlikte zaman geçirmeleri, birbirlerini tanımaları ve alışmalarına uygun ortam sağlanması planlanır. Bu süreçte çocuk önce saatlik, daha sonra günlük, haftalık ve iki haftalık gibi sürelerle, çocuk ile koruyucu ailenin uyumuna göre toplamda iki ayı geçmeyecek şekilde* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

ilişkilerden yararlanarak mağdurla rızaya dayalı bir cinsel birliktelik gerçekleştirmelidir. Bu sebeple kanunda tahdidi olarak sayılan ilişki biçimlerinden biri olmadıkça, bu suçun ancak basit halinin gerçekleşebileceği ifade edilmelidir⁹². Örneğin 16 yaşındaki bir kız çocuğu komşularına iki günlüğüne emaneten bırakıldığı bir süreçte komşu olan erkekle kız çocuğu arasında rızaya dayalı bir cinsel birliktelik gerçekleşirse, yukarıda zikrettiğimiz nitelikli hallerin burada uygulanması mümkün olmayacaktır.

Burada önemli olan husus, faille mağdur arasında “evlat edinme öncesi bakım ilişki” veya “koruyucu aile ilişkisi” şeklinde ortaya çıkan hukuki niteliği haiz, fail ile mağdurun aynı ortamda bulunmalarına hizmet eden yakın bağın fail tarafından kötüye kullanılmasını engellemek olup, bu hukuki statülerin ortaya çıkmasından bitmesine kadarki aşamada gerçekleşen tüm cinsel ilişkilerin bu suç tipi kapsamında kalacağı açıktır. Söz konusu fiilin çocuğun fiili bakımı sırasında gerçekleşmesi ise zorunlu olmayıp, söz konusu statülerin doğduğu andan sonraki herhangi bir zaman diliminde suç teşkil eden fiil işlenebilir. Bu bağlamda mağdurun gizlice Çocuk Esirgeme Kurumu’ndan kaçıp evlat edinme öncesi bakım ilişkisi içinde olduğu faille bir otel odasında cinsel ilişkiye girdiği durumlarda da bu suç tipi işlenmiş olacaktır. Hiç kuşkusuz bu statüler sona erdikten sonra gerçekleşen cinsel ilişkinin bu nitelikli hal kapsamında cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

koruyucu aileye izinli verilebilir. Süreçte olumlu kanaat oluşması, çocuğun ve ailenin de istemeleri halinde yerleştirme işlemi başlatılır. Kanaatimizce, çocuk ve koruyucu ailenin birbirine alışmasını sağlamak ve birleriyle iyi anlaşış anlaşmadıklarının kontrolü adına koruyucu aile sözleşmesi imzalanmadan önce gerçekleşen deneme aşamasında, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukla koruyucu aile ferdi arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkiler de bu suçun nitelikli halini oluşturacaktır. Bu bağlamda, burada önemli olan koruyucu aile sözleşmesinin imzalandığı an değil, deneme süreci olsa bile çocukla koruyucu aile ilişkisinin fiilen başladığı, çocuğun faille emanet edildiği andır (Aynı yönde Bknz. Taner, s. 385).

⁹² Öğretide *Sevük*, haklı olarak, sadece faille mağdur arasında “evlat edinme öncesi bakım ilişki” veya “koruyucu aile ilişkisi” üzerinden nitelikli hallerin oluşturulmasının çocuğun sömürülmesinin engellemesi adına yetersiz kalacağı görüşündedir. Yazar özellikle Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 3. fıkrasının d bendindeki ve 105. maddesinin 2. fıkrasının b bendindeki düzenlemelerle uyumun sağlanması ve mağdur çocuk bakımından etkin bir koruma sağlanması adına Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 3. fıkrasının kapsamının genişletilmesi gerektiği görüşündedir (Sevük, s. 178., aynı yönde Bknz. Sarıgül, s. 742).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Koruyucu aile ilişkisinin Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4. maddesinin e bendine göre “geçici koruyucu aile modeli”⁹³ üzerinden veya aynı maddenin h bendine göre “koruyucu aile”⁹⁴ üzerinden şekillenmesi, bu bağlamda koruyucu aile ilişkisinin geçici veya sürekli olmasının nitelikli halin tatbiki bakımından hukuken bir önemi haiz değildir⁹⁵.

E) SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Bu başlık altında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ortaya çıkan suçun özel görünüş biçimleri açıklanmaya çalışılacaktır.

1) TEŞEBBÜS

Bu suça teşebbüs mümkündür⁹⁶. Örneğin failin “cinsel organını mağdura sokmak üzere” olduğu bir anda odaya giren kişinin fiili engellemesi veya failin cinsel organını mağdura sokmaya çalışırken aniden boşalması halinde, bu suça teşebbüs edilmiş olacaktır. İcra hareketlerinin henüz başlamadığı durumlarda ise bu suça teşebbüs mümkün olmayacaktır⁹⁷. Bu bağlamda,

⁹³ Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4. maddenin e bendine göre, “geçici koruyucu aile modeli”, *acil koruma gereken ya da hakkında hizmet planı oluşturulmamış ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş ya da kendisi için planlanan hizmet modelinden çeşitli nedenlerle henüz yararlandırılmamış çocuklar için, temel ana, baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimini almış profesyonel kişi ve ailelerin sağladığı birkaç gün ile en fazla bir ay arasında değişen bakımı* ifade eder.

⁹⁴ Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4. maddesinin h bendine göre, “koruyucu aile”, *bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il veya ilçe müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (ş) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aileyi veya kişiyi* ifade eder.

⁹⁵ Akkaya, s. 373.

⁹⁶ Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: *Mağdurenin aşamalandaki çelişkili anlatımlarına, savunmaya, doktor raporlarına, olay yeri krokisine, tanıklar A.D. ile O.P.'in beyanlarına ve dosya içeriğine göre, olay günü saat 15.00 sıralarında mağdurenin kendi isteğiyle meskun mahal içerisinde bulunan boş inşaata girerek daha önceden tanıdığı sanıkla bulunduğu, mağdurenin inşaata doğru gittiğini gören tanık A.D.'in bu durumu mağdurenin ağabeyi tanık O.'a haber verdiği, olay üstüne abanmış halde gördüğü ve tanığın müdahalesi üzerine sanığın kaçtığına ilişkin anlaşılması karşısında, tanık A.'in beyanı, olay yeri, zamanı ve gelişme tarzı dikkate alındığında eylemin zora dayandığına dair kanıt bulunmadığı, mağdureyle rızayla cinsi münasebette bulunmak isteyen sanığın, tanığın gelmesiyle tamamlanamayan fiilinin, reşit olmayan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunmaya eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 416/son ve 61. maddelerine uyduğu gözetilmeden oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle, yazılı bir biçimde zorla ırza geçmeye teşebbüsten mahkumiyet kararı verilmesi.. (Yargıtay 5. CD.'nin E. 2002/1506 ve K. 2002/7136 no'lu kararı, aktaran Baytemir, s. 494).*

⁹⁷ Nitekim Yargıtay da bu görüşte olup icra hareketlerinin henüz başlamadığı durumlarda, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını kararlarında açıkça ortaya koymaktadır: *Sanık* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

cinsel ilişkiye hazırlanmak adına yapılan öpme, sarılma, dokunma, sürtünme gibi hareketler, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından doğrudan doğruya icra hareketi niteliğini haiz olmadığından, hazırlık hareketi olarak nitelendirilecektir⁹⁸.

Bu suç tipi, organ veya sair bir cismin” “vücuda sokulması veya sokturulması” suretiyle gerçekleştiğinden, “organ veya sair bir cismin vücudun tamamına veya bir kısmına sokulması veya sokturulması” arasında hukuken bir fark yoktur, her iki durumda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tamamlanmış olacaktır⁹⁹.

Failin iktidarsızlığı, icra hareketlerine başlanmış olmak şartıyla, fiilin teşebbüs halinde kalmasına sebebiyet verecektir¹⁰⁰.

Nasıl ki failin şehvet maksadıyla, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket edip etmemesi bu suçun işlenmesi bakımından bir önemi haiz değil ise aynı şekilde failin veya mağdurun cinsel arzularının tatmininin sağlanmış olup olmaması da suçun tamamlanması bakımından bir öneme haiz olmayacaktır¹⁰¹.

Bu suçta gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması da mümkündür. Örneğin failin cinsel organını mağdurun anüsüne sokma girişimi sırasında, mağdurun acıdığını belirtmesi üzerine, hareketlerine devam etme imkan ve

hakkında konut dokunulmazlığının ihlali ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Mağdurenin aşamalardaki çelişkili anlatımları, savunma, tanık beyanı ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, olay günü abisinin evinde oturmakta olan on sekiz yaşından küçük mağdurenin yanına gelen sanığın, evlerine gelen resmi yazıyı okuması için annesinin kendisini gönderdiğini söylediği mağdureyle birlikte onun evine girmesinin ardından cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye girmek için mağdurenin altını soyduktan sonra eve gelen tanık ...'nin durumu görüp tepki göstererek dışarı çıkması üzerine cinsel ilişkiye girmeksizin evden ayrıldığı ve mevcut haliyle olayda atılı suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşıldığından, beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 05.02.2020 tarihli ve E. 2019/314, K. 2020/852 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>), ...sanık ile mağdurenin araç içerisinde buldukları tanık beyanlarından anlaşılan durumları ve üzerlerinin giyinik bulunması nedeniyle, sanığın mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmeye teşebbüs ettiğinin de kesin olarak kanıtlanmadığı, sanığın cinsel organını mağdurenin vücuduna dahil ettirmeksizin yalnızca onu öpmesi veya vücudunu okşamasının da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 22.01.2013 tarihli ve E. 2011/7863, K. 2013/320 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁹⁸ Kanbur, s. 4182., Beyazıt, s. 302.

⁹⁹ Aynı yönde Bknz. Taneri, s. 168., Özen, s. 410.

¹⁰⁰ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4182., Beyazıt, s. 303.

¹⁰¹ Kanbur, s. 4181., Koca/Üzülmez, s. 379., Özen, s. 410.

iktidarını haiz olan failin hareketini yarıda kesmesi durumunda fail hukuken gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanacaktır. TCK 36 uyarınca gönüllü vazgeçmenin olduğu durumlarda, reşit olmayanla cinsel ilişkiye teşebbüsten dolayı cezalandırma yapılamayacak, o ana kadar yapılan eylemler (öpme, sarılma, sürtünme gibi) de bu suç bakımından hazırlık hareketi olarak nitelendirileceği için bu eylemlerle ilgili de ceza verilmesi mümkün olmayacaktır¹⁰². Gönüllü vazgeçmenin sadece teşebbüs aşamasında kalan fiil bakımından bir cezasızlık durumu yarattığı, tamamlanmış olan fiilden dolayı cezalandırmayı engellemediği unutulmamalıdır. Örneğin failin 17 yaşında evli olduğunu bildiği bir kadının kocasıyla birlikte yaşadığı evine gidip tam bu kadın ile cinsel ilişkiye girmek üzere iken kadının kocası olan yakın arkadaşının resmini yatak odasında gördüğü için hareketlerini devam ettirmediği bir durumda, şayet kadının şikayeti gerçekleşirse fail gönüllü vazgeçme hükümleri gereğince teşebbüs halinde kalan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılmayacak, ancak kocanın şikayeti üzerine tamamlanmış olan konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılabilmesi mümkün olabilecektir.

2) İŞTİRAK

Bu suçta iştirakin her hali mümkündür¹⁰³. Örneğin iki kişinin birden 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını doldurmamış bir kızla “aynı anda” cinsel

¹⁰² *Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre, mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 11.03.2013 tarihli ve E. 2011/9207, K. 2013/2448 no’lu kararı, www.kazanci.com). Kanaatimizce, burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır. Şayet fail cinsel organını mağdura sokmaya çalışmış, ancak bunu gerçekleştirmek için çabalarken mağdurun acı duyduğu söylemesi ve istememesi üzerine eylemine devam edebilecek durumdayken eylemine son vermişse, burada bir gönüllü vazgeçme vardır. Ancak bu suç hareket bakımından mütemadi niteliği haiz olmayıp ani karakterli bir yapıya sahip olduğundan, failin cinsel organının mağdurun vücuduna kısmen veya tamamen sokulmasıyla da suç tamamlanacağından, failin cinsel organın mağdurun vücuduna kısmen girdiği ve mağdurun acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine failin eylemine son verdiği bir durumda, artık reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tamamlandığı için burada gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda bu suçta özgü özel bir etkin pişmanlık hali de düzenlenmediği için mağdurun şikayeti üzerine failin reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması mümkün görünmektedir. Bu sebeple somut olayın koşulları içinde failin cinsel organının mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan kısmen dahi olsa girip girmediği gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı adına önemlidir.

¹⁰³ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4184., Aydın, s. 109.

ilişkiye girmesi halinde müşterek faillik söz konusu olabilecektir¹⁰⁴. Hiç kuşkusuz 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun rızasıyla bir kişiyle cinsel ilişki girdikten hemen sonra başka bir kişiyle daha cinsel ilişkiye girmesi ve bu kişiler hakkında sonradan şikayetçi olması halinde, ortada aynı mağdura karşı farklı kişilerce farklı zamanlarda işlenmiş iki ayrı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olacaktır¹⁰⁵. Burada artık müşterek faillikten değil, müstakil faillikten söz etmek gerekeceği açıktır. Bu durum özellikle suçun soruşturulması bakımından önem arz edebilir, zira müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda şikayetin bölünmezliği kuralı gereğince hareket edilecekken, müstakil faillik durumunda bir iştirak ilişki olmadığından ve her bir fiil ayrı ayrı bağımsızlığını koruduğundan dolayı artık mağdur istediği faili şikayet edebilecek istediği faili şikayet etmeyebilecektir.

Failin annesinin söylem ve yoğun ısrarları üzerine aklında hiç yokken, 15 yaşını tamamlamış kız çocuğunun rızası dahilinde cinsel birliktelik yaşaması halinde, mağdurun şikayeti üzerine failinin annesinin “azmettiren” olarak ortaya çıkması mümkün görünmektedir.

Burada önemli olan bir diğer husus, yardım etme niteliğindeki bazı iştirak hareketlerinin hem fail üzerinden hem de mağdur üzerinden icra

¹⁰⁴ Kanaatimizce, müşterek faillik durumu faillerin suçun icrasına yaptıkları katkının somut olay özelinde arz ettiği önem ve zaruret göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme ile ortaya çıkacağından, burada müşterek faillerin aynı anda mağdurla cinsel birleşme yaşamaları da zorunlu değildir. Örneğin failin 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını tamamlamamış kız arkadaşını yakın bir arkadaşıyla cinsel ilişkiye girmeye ikna etmesi, bu ilişki için uygun bir ev ortamını hazırlaması ve kız arkadaşını bu ilişkiye hazırlamak için öpme, dokunma tarzındaki ön sevişme hareketlerini gerçekleştirip cinsel ilişki sırasında da mağdur üzerinde aktif olarak aynı hareketleri devam ettirmesi halinde, fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olan bu kişinin müşterek fail olarak kabul edilmesi gerekecektir. Aynı şekilde grup seks ortamında 15 yaşını tamamlamış çocukla ilişkiye girecek olan adamın penisini bu ilişki için oral seksle hazırlayan ve cinsel ilişki devam ederken de ara ara oral seks yaparak ilişkinin sürekliliğini temin eden kadın da şikayet üzerine müşterek fail olarak cezalandırılmalıdır. Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının “birden fazla kişi tarafından birlikte” işlenmesinin kanun koyucu tarafından mümkün görüldüğü ve ayrıca daha ağır şekilde cezalandırıldığı bir ortamda, cinsel ilişki suçu bakımından müşterek failliğin olmayacağını savunmak da kanaatimizce tutarlı bir görüş değildir. Öğretide bazı yazarlar ise bu suçun bizzat işlenebilen suç olması sebebiyle birlikte faillik durumunun ortaya çıkmayacağı görüşündedir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 491., Beyazıt, s. 303., Aksakal, s. 269., Köksal, s. 711., Taner, s. 387., Kantarcı, s. 131). Öğretide Özen, bu suçta müşterek failliğin mümkün olduğu görüşündedir (Özen, s. 410). Öğretide bazı yazarlar ise, bu suçta müşterek failliğin teorik olarak mümkün olduğu; ancak uygulamada ortaya çıkmasının zor olduğu görüşündedir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 388).

¹⁰⁵ Tezcan/ Erdem/Önok, s. 491.

edilebilir olmasıdır. Örneğin yardım eden, 15 yaşını doldurmuş olan çocuk mağdurla cinsel ilişkiye girmeyi düşünen ama bu konuda tereddüt yaşayan faili mağdurla cinsel ilişkiye girmeye cesaretlendirmiş olabileceği gibi mağduru da faille cinsel ilişkiye girmeye ikna etmiş olabilir¹⁰⁶. Aynı şekilde yardım eden, faile cinsel ilişki sırasında kullanılmak üzere kayganlaştırıcı, prezervatif gibi ürünleri temin ederek “fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamış” olabileceği gibi aynı malzemeleri mağdura vererek de söz konusu fiile aynı şekilde iştirak etmiş olabilir. Benzer şekilde yardım eden, failin istemi üzerine cinsel ilişkiye girilecek olan evi temin etmiş olabileceği gibi mağdurun ricası üzerine de evini cinsel ilişki için tahsis ederek “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmış olabilir¹⁰⁷. Hangi durum gerçekleşmiş olursa olsun mağdurun şikayeti üzerine, failin eylemine yardım eden olarak iştirak eden kişinin de faille birlikte cezalandırılacağı açıktır. Burada failin şerikin hareketlerinden haberdar olup olmaması ve birlikte suç işleme kararı içinde hareket edip etmemeleri, şerikin cezalandırılması bakımından önemsizdir. Özellikle kırsal kesimde, 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasında ailelerin izni, onayı veya fiili katkılarıyla, örneğin başlık parası verilmesi, yer temin edilmesi, fail ile mağdurun aynı odada yatmalarına ses çıkarılmaması gibi hareketlerle, gerçekleşen gayri resmi, evlilik dışı cinsel ilişkiler söz konusu olduğunda, somut olayın koşullarına göre failin veya mağdurun anne veya babasının yardım eden olarak sorumlu olacağı da açıktır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Yardım eden bakımından, failin cesaretlendirilmesi hukuken “suç işlemeye teşvik etme” olarak nitelendirilebilecek iken, mağdurun ikna edilmesi hukuken “suçun işlenmesinden önce yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırma” olarak nitelendirilecektir.

¹⁰⁷ *Dosya içeriğine göre, suç tarihlerinde onyediyedi yaşında olan mağdurenin evden kaçıp rızasıyla sanıklar ..., ... ile’in bulunduğu eve gelip burada ...’le rızasıyla cinsel ilişkiye girdikten sonra’le birlikte sanık ...’in evine gidip burada kaldığı 15-20 günlük süre zarfında yine rızasıyla....’le birçok kez cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, ...’in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu zincirleme suç hükümleri kapsamında işlemesi nedeniyle TCK’nın 43. maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması ve sanık ...’in evini sağlamak suretiyle sanık ...’in işlediği reşit olmayanla cinsel ilişki eylemine yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle TCK’nın 104/1, 39, 43. maddeleri ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan ise aynı Kanununun 234/3. maddesi uyarınca mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 02.06.2015 tarihli ve E. 2013/7385, K. 2015/6774 no’lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

¹⁰⁸ (Suça sürüklenen çocuk) K...’in anne ve babası olan sanıklar M... ve M...’in başlık parası karşılığında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesinin 21.12.2012 tarihli raporuna göre suç tarihi itibarıyla onaltı yaşında bulunan mağdureyi K... ile gayri resmi olarak evlendirip kendi evlerinde kalmalarına müsaade ettikleri ve bu süreçte K... ile mağdurenin YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

15 yaşını doldurmuş çocuk, faili kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye azmettirmiş, suç işleme kararını kuvvetlendirmiş, onun cinsel ilişki sırasında kullanacağı temin etmiş olabilir, bu suça yapılan bu tür katkılardan hiçbirinin hukuken bir önemi yoktur. Zira burada suç teşkil eden fiil yukarıda da ifade edildiği üzere mağdur üzerinden tanımlanmıştır ve bu tanımlamanın ortaya koyduğu ceza siyasetinin bir gereği olarak, bir kişinin aynı fiil sebebiyle hem fail hem mağdur olması mümkün olmayacağından, mağdurun suça yaptığı katkıların hukuken bir önemi yoktur.

Bir çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişinin hareketleri aynı zamanda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından “yardım etme” olarak nitelendirilebilir. Ancak böyle durumlarda “failliğin şerikliği göre önceliği kuralı” gereği zikredilen hareketleri yapan kimsenin Türk Ceza Kanunu’nun 227. maddesinin 1. fıkrası gereğince fuhuş suçundan cezalandırılması gerekmektedir¹⁰⁹. Uygulamada her ne kadar Yargıtay’ın fikri içtima hükümlerine başvurarak aynı sonuca ulaştığı görülse de¹¹⁰, fikri içtima ilişkisi ancak görünüşte içtimanın söz konusu olmayacağı

bir kaç kez rızaen cinsel ilişkiye girdikleri dosya kapsamında anlaşıldığından, yardım eden sıfatıyla sanıklar M... ile M...’in TCK’nun 104/1, 43/1 ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine dosya içeriğine uygun düşmeyecek şekilde beraatlerine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 12.11.2015 tarihli ve E. 2015/4290, K. 2015/10517 no’lu kararı, www.lexpera.com). Ayrıca Bknz. Taneri, s. 168., Baytemir, s. 498.

¹⁰⁹ Kantarcı, s. 134.

¹¹⁰ *Sanık ...’in mağdureyle altı ay birlikte kalmasına rağmen mağduredeki akıl zayıflığını bilmediğini savunması, mağdurenin de bu doğrultuda beyanda bulunması karşısında, bu hususlar da hatırlatılmak suretiyle Adli Tıp Kurumundan yeniden rapor alınıp sanığın mağduredeki akıl zayıflığını anlayıp anlayamayacağı hususunda görüş alınması, sanığın zeka geriliğini anlayabilecek durumda olduğu bildirildiği takdirde TCK’nın 103/1-a. maddesi kapsamında kalan mağdurenin fuhuş yapması için aracılık yaptığı dosya kapsamında anlaşıldığından, eyleminin hem çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu, hem de fuhuş suçunu oluşturduğu gözetilerek 5237 Sayılı TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca bu suçların en ağırı olan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı TCK’nın 103/2. maddesi gereğince hüküm kurulması gerektiği, aksi takdirde onbeş yaşından büyük olan mağdureyi fuhuş maksatlı sanık ...’a temin edip cinsel ilişkiye girmesini sağlayan sanığın eylemlerinin fuhuş ile TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturduğu ve soruşturma evresinde sanık hakkında şikayette bulunulmadığı dikkate alınarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan görülen kamu davasıyla ilgili düşme kararı verilip, fuhuş suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması, ayrıca onbeş yaşından büyük mağdurenin rızaen alıkonulması eylemi de suç teşkil etmediğinden kişiyi hürriyetinden yoksun kilma suçundan beraat kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 04.10.2016 tarihli ve E. 2016/4930, K. 2016/6794 no’lu kararı, www.kazanci.com).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

durumlarda tatbik edileceği unutulmamalıdır. Burada fuhşa sürüklenmiş bir çocukla çocuğun rıza kapsamında birlikte olan kişinin ise sadece reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacağı, bu kişinin fuhuş suçundan suçun tipikliğinin gerçekleşmemesi sebebiyle herhangi bir ceza almayacağı açıktır¹¹¹.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri bakımından özgü bir suç tipi söz konusu olacağından, Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, özel faillik niteliğini taşımayan kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edebileceklerdir¹¹². Örneğin kız arkadaşını abisiyle cinsel ilişkiye girmesi için ikna eden, bu ilişki için uygun bir ev ortamını hazırlayan ve kız arkadaşını bu ilişkiye hazırlamak için öpme, dokunma tarzındaki ön sevişme hareketlerini gerçekleştirip cinsel ilişki sırasında da mağdur üzerinde aktif olarak aynı hareketleri devam ettiren kişi, gerçekleştirdiği hareketlerle her ne kadar suç tipi üzerinde hakimiyet kurmuş olsa da, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrasındaki suça müşterek fail olarak değil; ancak yardım eden olarak iştirak etmiş olacaktır. Ancak burada ilginç olan bir durumu ortaya koymakta fayda vardır. Şayet kız arkadaşının abisiyle cinsel ilişkiye girmesi için etkin hareketlerde bulunan kişi, bu hareketlerin yanında o da kızın abisiyle birlikte aynı anda kız arkadaşıyla cinsel ilişki de yaşarsa, artık burada failliğin şerikliğe önceliği kuralı gereği reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli haline iştiraktan değil, mağdurun şikayeti üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit halinden cezalandırma yapılacaktır. Burada mağdurun şikayetçi olmadığı durumlarda ise söz konusu failin suçun nitelikli haline yardımdan cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

3) İÇTİMA

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkün görmektedir. Bu bağlamda fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış bir mağdurla farklı zamanlarda¹¹³ cinsel ilişki gerçekleştirmiş olursa, TCK

¹¹¹ Kantarcı, s. 133-134.

¹¹² Taneri, s. 168-169.

¹¹³ *Baytemir teselsüle esas teşkil eden her eylemin müstakil suç özelliğini kaybetmediği hususu nazara alındığında her bir suç yönünden şikayet süresinin geçip geçmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini* haklı olarak ifade etmiştir (Baytemir, s. 495). Bu bağlamda müteselsil suç hükümlerinin tatbiki için bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda ortaya çıkan eylemlerin muhakkak "6 aylık şikayet süresi
YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

43/1 uyarınca hareket edilmesi gerekecektir¹¹⁴. Burada önemli olan failin aynı suç işleme kararı icrası kapsamında hareket edip etmediği olup, cinsel ilişki şekillerinin değişmesi, yani önceleri vajinal yolla yapılan cinsel ilişkinin sonraları anal yolla yapılan cinsel ilişkiye dönüşmesi, farklı suç işleme kararları olarak değerlendirilemez. Ayrıca aynı suç işleme kararının icrasının fail bakımından yapılacak olan bir değerlendirme olacağı açıktır, mağdur bakımından ilk cinsel ilişki sonrasındaki ilişkilerin yenilenmiş bir kararlar ile icra edilmiş olup olmaması önem arz etmeyecektir. Şayet fail farklı mağdurlara karşı bu suçu işlerse gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Bu bağlamda aynı anda birden fazla 15 yaşını tamamlamış çocukla rızaları dahilinde grup yaparak cinsel ilişkiye giren fail de ilişkiye girdiği çocuk sayısınınca bu suçu işlemiş olacaktır. Hiç kuşkusuz aynı mağdura karşı kastın yenilendiğinin tespit edildiği durumlarda da, artık zincirleme suç

içinde” gerçekleşmesi gerekli olup, şayet bazı eylemler bakımından 6 aylık şikayet süresi geçmişse, bu eylemlerin artık müteselsil suç hükümleri bakımından teselsülü oluşturan suç olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

¹¹⁴ Nitekim Yargıtay da bu suçta zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir: *Sanığın mağdure ile birden fazla cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 05.04.2016 tarihli ve E. 2016/2896, K. 2016/3319 no'lu kararı, www.kazanci.com). *Suç tarihinden önce tanışıp arkadaş olduğu onaltı yaşındaki mağdure ile 04.02.2011 günü dışarıda buluşan sanığın, babasının evine götürüp birlikte yaşamaya başladığı mağdure ile bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde yaşı itibariyle hukuken geçerli rızasına istinaden birden ziyade cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesiyle belirlenen temel cezanın koşulları olduğu halde zincirleme suça dair aynı Kanununun 43/1. maddesiyle artırılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini...* (Yargıtay 14. CD.'nin 14.06.2017 tarihli ve E. 2014/8362, K. 2017/3308 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *...sanığın, reşit olmayan mağdure ile ikiden fazla cinsel ilişkide bulunduğu hususunda delil bulunmadığının anlaşılması karşısında, eylemin sayısı dikkate alınarak TCK'nın 43. maddesiyle cezada artırım yapılırken aynı Kanununun 3. maddesindeki orantılılık ilkesi ile uygun düşmeyecek şekilde gerekçe gösterilmeden üst sınırdan artırım yapılması neticesinde fazla ceza tayini...* (Yargıtay 14. CD.'nin 27.02.2018 tarihli ve E. 2017/7772, K. 2018/1358 no'lu kararı, www.kazanci.com). Bölge Adliye Mahkemeleri de Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda karar vermektedir: *Sanığın eyleminin TCK'nın 104/1 maddesinde belirtilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve bunun birden fazla kez gerçekleşmesi nedeniyle hakkında TCK'nın 43 maddesinde belirtilen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine kanaat edilerek, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak belirtilen maddeler doğrultusunda sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiğine kanaat edilmiş...* (İzmir BAM, 15. CD.'nin 03.04.2019 tarihli ve E. 2017/2865 K. 2019/519 no'lu kararı, www.lexpera.com).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

hükümleri yerine gerçek içtima hükümleri tatbik edilecektir¹¹⁵. Çok yakın zaman aralıkları içinde, örneğin 5 dakika ara ile, aynı fail ve mağdurun gerçekleştirdiği birden fazla cinsel ilişki ise, değişik zamanlarda gerçekleştirilmiş olarak değerlendirilemeyeceğinden, müteselsil suç hükümleri uygulanmayacak, sadece tek bir cinsel ilişkiye girilmiş gibi sayılarak şikayet halinde, fail hakkında tek bir suçtan hüküm kurulacaktır¹¹⁶. Aynı şekilde kanunda “cinsel ilişkide bulunma” hareketi suç olarak tanımlandığı için “cinsel ilişki sırasında” failin mağdurun farklı vücut boşlukları (vajinal-anal-oral) üzerinden gerçekleştirdiği sokma hareketleri de tek bir fiil olarak nitelendirilecek ve fail hakkında şikayet gerçekleşir ise müteselsil suç hükümleri uygulanmayıp sadece reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulacaktır¹¹⁷. İstisnai olarak ortaya çıksa da suçun basit haliyle nitelikli hallerinin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlenmiş olması mümkün olabilecektir. Türk Ceza Kanunu’nun 43. maddesinin 1. fıkrasında “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” hükmüne yer verilmiş olduğundan, bu gibi durumlarda müteselsil

¹¹⁵ *Oluş ve kabule göre; aralarında duygusal yakınlık bulunan mağdure ile sanığın, 2009 yılı Mart ayı ve 2010 yılı Ocak ayı içerisinde iki kez rızaen cinsel ilişkiye girdiklerinin ve her iki eylem arasındaki süre ve eylemlerin oluş şekli nazara alındığında, sanığın suç kastının yenilendiği ve eylemlerin ayrı ayrı suç oluşturduğunun anlaşılması karşısında, sanığın 2009 yılı Mart ayında gerçekleştirdiği eyleme ilişkin şikâyetin TCK.nın 73. maddesinde düzenlenen 6 aylık süreden sonra yapıldığı gözetilerek kamu davasının düşürülmesine, 2010 yılı Ocak ayı içerisinde gerçekleştirdiği eylemine ilişkin olarak 5237 sayılı TCK.nın 104/1. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden “Mağdurenin rızasının eylemi suç olmaktan çıkardığı” şeklinde hukuka uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 10.11.2014 tarihli ve E. 2013/2402, K. 2014/12359 no’lu kararı, www.kazanci.com).*

¹¹⁶ Burada hareketlerin doğal anlamda teklîğinden bahsedilmesi gerekecektir. Öğretide Köksal da bir gecelik süre içinde yaşanan birden fazla cinsel ilişkinin cinsel tatmin sayısından bağımsız olarak fiilin bütünselliği gereği tek bir suç oluşturacağı görüşündedir (Köksal, s. 712). Burada aynı suç işleme kararının icrası kapsamında “yakın zaman aralıkları” içinde olmak şartıyla bu görüşe katılmak mümkün görünmektedir. Örneğin bütün geceyi yatak da geçiren ve birden fazla cinsel ilişki yaşayan fail ve mağdur bakımından eylemin teklîği hususunda bir şüphe yokken, eve gittiklerinde cinsel ilişkiye giren sonra yemek yiyen ardından film izleyen gecenin ilerleyen saatlerinde tekrardan cinsel ilişki yaşayan fail ve mağdur bakımından eylemin teklîğinden bahsedilemeyecek, müteselsil suç hükümleri yönünden bir değerlendirmede bulunmak gerekecektir. Bu bağlamda, gece gerçekleşen birden fazla cinsel ilişki bakımından bunların hepsinin tek bir suç olacağını ifade etmek doğru bir yaklaşım değildir, somut olayın koşulları içinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.

¹¹⁷ Aynı yönde Bknz. Aydın, s. 109.

suç hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir sorun mevcut değildir. Örneğin 15 yaşına tamamlamış çocukla bir defa cinsel ilişkiye giren failin daha sonra bu çocuğu evlat edinmesi ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında rızaya dayalı olarak bir defa daha cinsel ilişkiye girmesi halinde, söz konusu failin Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrasını müteselsil bir biçimde işlemiş olacağı açıktır.

Burada zikredilmesi gereken bir diğer husus ise, bu suçun basit hali şikayet tabi olduğundan, suçun basit hali bakımından müteselsil suç hükümlerinin tatbiki adına şikayete tabi her bir fiille ilgili şikayet şartı gerçekleşmiş olmalı veya gerçekleşmiş olan şikayet geri alınmamış olmalıdır¹¹⁸.

¹¹⁸ Baytemir de teselsüle esas teşkil eden her eylemin müstakil suç özelliğini kaybetmediği hususu nazara alındığında her bir suç yönünden şikayet süresinin geçip geçmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir (Baytemir, s. 495). Bu bağlamda müteselsil suç hükümlerinin tatbiki için bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda ortaya çıkan eylemlerin muhakkak “6 aylık şikayet süresi içinde” gerçekleşmesi gerekli olup, şayet bazı eylemler bakımından 6 aylık şikayet süresi geçmişse, bu eylemlerin artık müteselsil suç hükümleri bakımından teselsülü oluşturan suç olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Söz konusu durum Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir: *Mağdurenin soruşturma evresinde verdiği savcılık ifadesinde 31.12.2006 tarihinde arkadaşı olan sanık ...'ın evine gittikten sonra sanığın zorla vajinal yoldan ilişkiye girmesi sonucunda kızlığının bozulduğunu beyan etmesine karşılık anatomikman bakire olduğuna dair alınan doktor raporu sonrası verdiği mahkeme ifadesinde, olay günü regl olması sebebiyle kızlığının bozulduğunu zannettiğini bildirmesi, bu olayla ilgili olarak ailesine bilgi vermeyip resmî şikâyetle bulunmaması, yine 03.04.2008 tarihinde ...'la birlikte gittiği sanık ...'ın evinde ...'ın ikram ettiği meyve suyunu içmesinin ardından hareketsiz hale geldiğini iddia etmesine karşılık kendisiyle zorla ilişkiye giren ...'a ve bu sırada kollarını tutan ...'a itme ve sanıkları konuşup şakalaşırken gördüğünü ve anormal bir durumu görünmeyen mağdurenin sanıklarla evden ayrıldığını beyan etmesi karşısında, toplanan deliller ışığında dosya incelendiğinde mağdurenin sanıklara yönelik zora ilişkin beyanlarının temelsiz olup sanıklar ile aynı okulda okuyan mağdurenin duygusal birliktelik yaşadığı sanık ... ile 31.12.2006 tarihinde ...'ın evinde cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye girmesinin ardından yaşanan bazı hadiseler nedeniyle ...'ın kendisini terk etmesinden sonra 2008 yılı nisan ayında bilgisayarda ...'la tekrar görüşmeye başladığı ve kısa bir süre sonra ...'la buluşup diğer sanık ...'ın evine gittiği, burada mağdurenin cebir, tehdit veya hile olmaksızın sanıklarla cinsel ilişkiye girmesini müteakip okulda çıkan dedikodular üzerine vekili kanalıyla şikâyetçi olduğu tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların eylemlerinin TCK.nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve sanık ...'ın ilk eyleminin 31.12.2006 tarihinde gerçekleşmesini müteakip 6 aylık kanuni şikâyet süresi geçtikten sonra 2008 yılı içerisinde şikâyetle bulunulması nedeniyle ilk eylemle ilgili olarak takibat şartı gerçekleşmediğinden, sanık ... hakkında TCK.nın 43. maddesinin de uygulanamayacağı hususu gözetilerek sanıkların TCK.nın 104/1. maddesi uyarınca* YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Şayet gerçekleşen cinsel ilişkiler arasında fiili veya hukuki kesintiler mevcutsa, bu eylemlerin müteselsil suç hükümleri uyarınca değil, gerçek içtima hükümleri uyarınca cezalandırılması gerekeceği açıktır. Örneğin fail hakkında mağdurun şikayeti üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı bir iddianame hazırlanıp bu iddianame sonrasında da faille mağdur arasında rızaya dayalı bir başka cinsel ilişki yaşanmış ve failin bu eylemi de mağdurun şikayeti üzerine soruşturulmaya başlanmış olursa, artık burada hukuki bir kesinti söz konusu olduğundan dolayı müteselsil suç hükümleri uyarınca değil, gerçek içtima hükümleri uyarınca bir cezalandırma durumu söz konusu olacaktır.

Çocuk mağdurla 15 yaşını tamamlamadan önce gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin söz konusu yaşın tamamlaması sonrasında da aynı şekilde rızaya dayalı olarak devam ettirilmesi halinde, eylemler farklı suçları oluşturacağından bir suç işleme kararının icrasından bahsedilemeyecek, gerçek içtima hükümlerinin tatbik edilmesi suretiyle fail hakkında hem çocukların cinsel istismarı suçundan hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹¹⁹.

cezalandırılmalarına karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 29.01.2015 tarihli ve E. 2013/6271, K. 2015/750 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), *Mağdurenin 06.09.2011 tarihinde verdiği ifade üzerine başlatılan soruşturmada, mağdurenin 03.09.2011 günü rızasıyla ilişkiye girdiği sanıkla esasen bir yıl önce de cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmesi ve başvuru gününden bir yıl önce yaşadığı iddia edilen ilk beraberlik yönünden şikayetin yapıldığı ana kadar 5237 sayılı TCK'nın73/1. maddesinde düzenlenen altı aylık şikayet süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında atılı suçtan hüküm kurulurken ilk eylemle ilgili kanuni takibat şartının gerçekleşmediği gözetilerek 03.09.2011 günlü ikinci eyleminden dolayı TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca tayin edilen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde zincirleme suça ilişkin aynı Kanununun 43/1. maddesi ile arttırılması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 21.12.2015 tarihli ve E. 2014/1402, K. 2015/11899 no'lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 555).

¹¹⁹ *Mağdurenin cebir, tehdit veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın sanıkla 2011 yılı Kasım ve 2012 yılı Ocak aylarında iki kez cinsel ilişkiye girdiği, ilk cinsel ilişki tarihinde mağdurenin onbeş yaşından küçük olmasına rağmen ikinci ilişki tarihinde onbeş yaşından büyük olduğu, bu itibarla 2012 yılı Ocak ayında meydana gelen cinsel ilişkisinin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanığın 2011 yılı Kasım ayındaki eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/6. maddeleri ve 2012 yılı Ocak ayındaki eylemi ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, eylemlerin küll halinde zincirleme olarak beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kabul edilip aynı Kanununun 103/2, 103/6, 43/1. maddeleri ile hüküm kurulması,* (Yargıtay 14. CD.'nin 15.11.2016 YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

Bu suç bakımından aynı neviden fikri ıçtima hükümlerinin uygulanması mümkün görünmektedir. Örneğin 45 yaşındaki bir kadının biri 17, biri de 16 yaşında olan iki erkek çocukla aynı anda vajinal ve anal yoldan cinsel ilişkiye girdiği bir durumda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tek bir

tarhli ve E. 2016/3663, K. 2016/7846 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>). Tüm dosya içeriğinden, sanığın 2011 yılında ahırda yem karışımı hazırlayan öz yeğeni mağdurenin yanına gelip "seni seviyorum, gözlerin güzel, benimle birlikte ol, buralardan gideriz" biçiminde sözler söyledikten sonra kendisine karşı çıkan mağdureye sarılmasının ardından mağdurenin kardeşi ... 'in ahıra gelmesiyle eylemine son verdiği, bir gün sonra ahırda tekrar karşılaştıklarında mağdurenin boyun alt kısmından öpmeye çalıştığı, 2014 yılı Ağustos ayında aynı avlu içindeki evinde uyumakta olan mağdurenin kardeşleriyle birlikte kaldığı odaya açık olan pencere camından girip mağdureyle organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girmesi eyleminin ise cebir, tehdit, hile veya iradevi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirildiğine dair dosyaya yansıyan herhangi bir delil bulunmadığı ve 07.11.2014 tarihinde hastaneye giden mağdurenin hamile olduğunun ortaya çıkmasıyla olayın kolluğa intikal ettiği anlaşıldığından, sanığın 2011 yılında mağdure henüz onüç yaşındayken gerçekleşen eylemleri nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 103/1, 103/3, 43. maddeleri 2014 yılı Ağustos ayında mağdure onaltı yaş içindeyken gerçekleşen eyleminden dolayı 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK'nın 104/2. maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.06.2016 tarihli ve E. 2016/4180, K. 2016/6082 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Mağdurenin aşamalarda anlatımları savunma ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın mağdurenin onbeş yaşını henüz ikmal etmediği, 15.08.2014 tarihindeki mağdureyi öpme, cinsel organını cinsel organına dokundurma şeklindeki eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı; mağdurenin onbeş yaşını doldurduktan sonraki organ sokma suretiyle cinsel ilişkiye girme şeklindeki eylemlerinin mağdurenin rızasıyla gerçekleştiği anlaşıldığından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek, sanığın bu iki suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 08.11.2016 tarihli ve E. 2016/8128, K. 2016/7655 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>). Öğretide Özgenç, işlenen fiillerin doğal mahiyetinde bir değişiklik bulunmadığından bahisle, gerçek ıçtima yerine müteselsil bir biçimde gerçekleşen çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırma yapılması gerektiği görüşündedir (Özgenç, s. 270-271). Kanaatimizce, müteselsil suç hükümlerinin uygulanabilmesi adına "aynı suçun" bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda işlenmesi gerektiğinden, "farklı suçlar" söz konusu olduğunda artık müteselsil suç hükümlerinin işletilememesi gerekmektedir. Fiillerin doğal mahiyetlerinin aynı olması onları hukukun "aynı suç" haline dönüştürmeyecektir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun farklı ve bağımsız bir suç tipi şeklinde düzenlendiği unutulmadan hareket edilmesi kanaatimizce doğru olacaktır.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmiş olacağından, Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrasındaki aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir¹²⁰.

Bu suç bakımından somut olayın koşullarına göre farklı neviden fikri içtima hükümlerinin de tatbiki mümkündür. Örneğin aile içinde bir babanın 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kızıyla rızaya dayalı cinsel ilişkiye girdiği durumlarda, hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 2. fıkrasında düzenlenmiş olan nitelikli hali hem de Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçu oluşacaktır, en nihayetinde fikri içtima kuralları gereğince sadece en ağır olan suç tipinden dolayı işlem yapılmak zorunda kalınacaktır¹²¹. Aynı şekilde bu suçun fail ve mağdurunun alenen cinsel ilişkiye girmeleri halinde tek bir hareketle hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçu hem de Türk Ceza Kanunu'nun 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler suçu gerçekleşmiş olacak, burada da fikri içtima kuralları gereğince sadece en ağır cezayı gerektiren suç tipinden cezalandırma yoluna gidilecektir¹²².

Bu suçun Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinin 3-f ve 5. fıkrasında düzenlenen “çocuğa karşı işlenen cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılma” fiili birlikte işlenmesi mümkün görünmektedir¹²³. Bu bağlamda rıza dışı hürriyetinden yoksun bırakılan 15 yaşını doldurmuş çocuğun sonradan

¹²⁰ Özen, s. 411.

¹²¹ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4185-4186., Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 388-389., Koca/Üzülmez, s. 379-380., Özen, s. 411. Öğretide bazı yazarlar ise, bir fiilin kötü muamele suçunu oluşturabilmesi için bu fiilin mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmesi gerektiğini, bu bağlamda failin mağdurla rızayla cinsel ilişkiye girmesinin kötü muamele suçu olarak kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir (Taner, s. 388., Köksal, s. 714., Kantarcı, s. 135). Kanaatimizce, bir üst soyun alt soyu olan mağdurla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi hukuken yasaklandığı ve ağır bir biçimde cezalandırıldığı için bu durum her halükarda kötü muamele suçunu oluşturacaktır. Kötü muamele suçunu mağdurun rızasıyla açıklamak ve ancak mağdurun rızası hilafına gerçekleşecek fiilleri bu suç tipi kapsamında değerlendirmek doğru olmayacaktır. Kötü muamele suçunun takibinin resen yapılması ve suçun düzenlendiği yer de burada kişisel değil, toplumsal bir değer korunması gerektiğini ve mağdurun rızanın bu bakımdan bir öneminin olmadığını teyit edici niteliktedir.

¹²² Aynı yönde Bknz. Özen, s. 411. *Kantarcı*'nın haklı olarak vurguladığı üzere cinsel ilişkinin alenen gerçekleştirilmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olan çocuğun hayasızca hareketler suçunun faili olarak cezalandırılması söz konusu olacaktır (Kantarcı, s. 132).

¹²³ Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde düzenlenen fiilin işlemesi için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, ayrıca aynı maddenin 2. fıkrası hükmü de tatbik edilebilecektir.

rızasıyla kendisini kaçıran kişiyle birlikte olması ve sonrasında şikayette bulunması mümkün görüldüğünden, böyle bir durumda hem Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinin 3-f ve 5. fıkrasından hem de Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinden gerçek içtima hükümleri gereğince cezalandırma yapılacaktır¹²⁴.

Bu suçun Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinin 3. fıkrasındaki “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçuyla birlikte işlenmesi mümkün görünmektedir. Örneğin fail kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evini terk edip yanına geldiğini bildiği, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış olan mağdurla, mağdurun rıza dahilinde cinsel ilişkiye girse, ancak daha sonra mağdurun yaşadığı pişmanlıkla durumu ailesine açıklaması neticesinde mağdurun ailesinin durumdan haberdar olup hem mağdurun hem de ailesinin şikayetçi olduğu bir durum ortaya çıkarsa, Türk Ceza Kanunu'nun 104 ve 234/3. fıkralarında düzenlenen suçlar işlenmiş olacaktır¹²⁵ ve gerçek içtima hükümleri gereğince her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹²⁶. 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir mağdurla rızası dahilinde cinsel ilişkiye giren bir failin bu cinsel ilişkiyi kayda aldığı bir durumda, fail hakkında hem müstehcenlik suçundan¹²⁷ hem de mağdurun şikayetinin gerçekleşmesi koşuluyla reşit

¹²⁴ Benzer yönde Bknz. Kantarcı, s. 136.

¹²⁵ *Olay tarihinde on yedi yaşındaki mağdurenin bulunduğu sanık ...'la rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin ardından evine döndüğü ve mevcut haliyle olayda mağdurenin evi terk etme iradesinin bulunmaması nedeniyle çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı* gözetilerek sanıkların müstet suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 21.05.2019 tarihli ve E. 2015/4690, K. 2019/9925 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹²⁶ Aynı yönde Bknz. Taner, s. 387., Kantarcı, s. 135-136.

¹²⁷ *Sanığın, çocuk yaştaki mağdurenin çıplak görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 226/3-c.1. maddesinde düzenlenen müstehcenlik ve 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturduğu ve tek eylemle birden fazla suçun oluşması nedeniyle sanık hakkında aynı Kanunun 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralına göre bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3-c.1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde aynı Kanunun 134/1. maddesiyle mahkumiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 21.05.2019 tarihli ve E. 2015/4690, K. 2019/9925 no'lu kararı, www.kazanci.com)., a-) *TCK'nın 226/3-1.cümlesindeki düzenlemede “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak” suç olarak tanımlanmıştır. Üretmek kelime anlamıyla oluşturmak, yayırlamak ve meydana getirmek anlamlarına da gelmektedir (B.K.. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts) Çocuğun müstehcenlik içeren görüntüsünün, resminin veya sesinin kullanılması, yazı veya ses içeriğinde çocuğun yer alması bu suçun oluşumu için yeterlidir. Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel YÜHFD Cilt: XIX Sayı:Özel Sayı (2022)*

olmayanla cinsel ilişki suçundan gerçek içtima hükümlerine göre ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹²⁸.

Şayet fail ailesinin evinde yaşamakta olan 15 yaşını tamamlamış mağdurun evine mağdurun anne ve babasının haberi olmaksızın mağdurun daveti üzerine gider ve bu evde mağdurun rızasıyla onunla cinsel ilişkiye girse, reşit olmayanla cinsel ilişkiye girme bir suç teşkil ettiğinden ve bu bağlamda rıza açıklaması gayri meşru bir amaca yönelik olduğundan, burada şikayet üzerine gerçek içtima hükümleri uygulanacak, hem konut dokunulmazlığını ihlal suçundan hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yapılacaktır¹²⁹.

Mağdurun rızası dahilinde başlayan cinsel ilişki sırasında mağdurun söz konusu ilişkiye daha fazla devam etmek istememesine rağmen, fail zorla ilişkiyi devam ederse, fail hakkında fikri içtima kuralları gereğince sadece en ağır suç tipi olarak ortaya çıkacak olan çocuğun nitelikli cinsel istismarından cezai işlem yapılacaktır. Ancak şayet rızaya dayalı ilk cinsel

Kurulu'nun 24.03.2015 tarihli ve 2014/14-603 Esas, 2015/66 Karar sayılı ilamında vurgulandığı üzere TCK'nın 226/3-1.cümlesindeki suçun oluşumu için önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılması olup, bu düzenlemede, suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanması aranmamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirilmemektedir. Ayrıca suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu mahiyetteki müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Bu bilgiler ışığında, sanığın, yaşı küçük mağdurun cinsel ilişki sırasındaki görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklindeki eyleminin, TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesindeki müstehcen görüntülerin üretilmesinde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgiya düşerek TCK'nın 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçundan açılan davada, yaşı küçük mağdurun rızasının bulunduğu gerekçesiyle bu suçun oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi... (Yargıtay 18. CD.'nin 18.04.2018 tarihli ve E. 2016/3653, K. 2018/5741 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹²⁸ Kantarcı, s. 133.

¹²⁹ *Sanık hakkında konut dokunulmazlığının ihlali suçundan kurulan beraat hükmünün temyiz incelemesine gelince; katılan mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, suç tarihinden önce onyediy yaşındaki mağdure ile arkadaş olan sanığın, bir gece mağdurenin babası olan katılanın evine bilgi ve rızası dışında geldikten sonra odada mağdureyle cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, müsnet suçtan mahkumiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi, kanuna aykırı, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 11.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 11.10.2017 tarihli ve E. 2014/8954, K. 2017/4648 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).*

ilişki sonrası fail mağduru yeni bir cinsel ilişkiye zorlayıp mağdurun rızası hilafına söz konusu eylemi gerçekleştirirse, bu defa fail hakkında hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hem de cinsel istismar suçundan gerçek içtima hükümleri gereğince ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹³⁰. Benzer şekilde ilk olarak mağdurun rızası hilafına başlayan cinsel ilişki, sonradan mağdurun rızası dahilinde devam etmiş ise, fail hakkında fikri içtima kuralları gereğince sadece çocuğun nitelikli cinsel istismarından cezalandırma yapılması gerekecektir.

III) YAPTIRIM VE USUL HÜKÜMLERİ

Bu suçun basit halinin yaptırımını, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır¹³¹. Suçun nitelikli hallerinin yaptırımını ise, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması¹³² mağdurun şikayetine bağlıdır¹³³. Şikayet hakkının kullanılacağı sırada ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklarını kendileri kullanabileceği için¹³⁴ bu suçta şikayet hakkı, suçun mağduru olan çocuğa aittir, bu hakkın

¹³⁰ Aynı yönde Bknz. Beyazıt, s. 304.

¹³¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yaptırımını 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk halinde de bu suçun yaptırımını 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'yla kısmen uyumlu bir şekilde 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesiyle hapis cezası bugünkü halini almış bulunmaktadır.

¹³² Öğretide *Arslantürk* reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için bir ön şart olarak mutlaka şikayetin bulunması gerektiği görüşündedir (*Arslantürk*, s. 532, 552). Oysaki şikayetin gerçekleşmiş olup olmamasının suçun oluşumu bakımından bir önemi yoktur. Şikayet sadece tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçla ilgili olarak resmi organlarca takibin yapılması adına önemlidir.

¹³³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ise resen kovuşturulmaktaydı. Öğretide *Baytemir* bu suçun şikayete tabi kılınmasını eleştirmiştir, suçun eskisi gibi resen kovuşturulması gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, mağdurun rızasıyla gerçekleşen bir eylemi mağdurun sonradan şikayet edebilecek olması failin kandırılması ve mağdurun hakkını kötüye kullanması anlamına geleceği gibi şikayet hakkına sahip olan mağdurun faille ahlaka aykırı pazarlıklar yapmasına da vesile olacaktır (*Baytemir*, s. 511).

¹³⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri belirtilmiş, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükme bağlanmıştır. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar kanunda tek tek YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

çocuk adına anne veya babası tarafından kullanılması hukuka uygun değildir¹³⁵. Bu yaklaşım cinsel dokunulmazlığın bireyselleştirildiği Türk

sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi... Diğer taraftan, 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile Ceza Genel Kurulunun 02.03.2004 gün ve 2004/2-44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.06.2015 tarihli ve E. 2014/14-678, K. 2015/267 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹³⁵ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4193-4194., Taner, s. 389-390., Doğan, s. 142-144., Beyazıt, s. 304-305., Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 389., Tezcan/Erdem/Önok, s. 491-492., Sevük, s. 180., Koca/Üzülmez, s. 380., Akdağ, s. 179-183., Arslantürk, s. 555., Akkaya, s. 380., Kantarcı, s. 142-144. Aksi yönde görüş ortaya koyan Ünver'e göre ise, Türk Ceza Kanunu'nun 102. ve 105. maddelerinde açıkça "mağdurun şikayetinden" söz edilmişken, aynı kanunun 104. maddesinde "mağdurun şikayetinden" bahsedilmemiş olması anlamlıdır. Yazara göre, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesindeki mağdurun rızası sadece eylemin aynı kanunun 103. maddesi kapsamı dışına çıkarılmasına hizmet edip, failin daha az bir yaptırımla karşı karşıya kalmasını sağlayacak bir niteliği haizdir. Yazara göre, rızası eylemi hukuka uygun hale getirmeyen bir kişiye şikayet hakkını tanımak mantıken doğru olmayacağı gibi şayet mağdura şikayet hakkı tanınması istenseydi, bunun açık bir kanuni düzenlemeyle yapılması gerekirdi. Yazar, mevcut kanuni düzenleme karşısında, şikayet hakkının mağdura tanınmasını hakkın kötüye kullanılmasına meşruluk kazandırma çabası olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda, yazara göre, bu suç tipi bakımından şikayet hakkı doğrudan doğruya mağdur adına kanuni temsilcilerine ait olmalıdır (Ünver, s. 49-50). Öğretide *Parlar/Öztürk* de şikayet hakkının çocuğun hukuki statüsüne göre veli, vasi, kayyım veya Çocuk Esirgeme Kurumu gibi organların temsilcileri tarafından kullanılacağı görüşündedir (Parlar/Öztürk, s. 543). Öğretide *Şen*, şikayet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle öncelikle mağdur çocuk tarafından kullanılabilmesini, ancak bu hakkın Türk Medeni Kanunu'nun 339 ve 342. maddeleri gereğince aynı zamanda mağdur çocuğun kanuni temsilcisi tarafından da kullanılabilmesinin mümkün olduğunu, bu bağlamda mağdur çocuk ve onun kanuni temsilcisinin (veli-vasi) bu hakkı birlikte veya bağımsız olarak kullanmasında kanuni bir engelin olmadığını belirtmiştir. *Şen*'e göre mağdur çocuğun suç sonrasında erginliğini kazandığı durumlarda ise, artık kanuni temsilcinin bir hakkından bahsedilmesi mümkün olmayacak, şikayet hakkı sadece mağdur çocuğa ait olacaktır (Ersan Şen, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki", in **Yorumluyorum-XII**, Ankara, 2016, s. 258-259., aynı yönde Bknz. Şen, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik Önerisi", s. 274). Öğretide *Özen* hem mağdurun hem de suçtan zarar gören olarak mağdurun veli veya vasisinin bu suç bakımından şikayet hakkına sahip olduğunu; ancak her iki tarafın iradelerinin çelişmesi halinde mağdurun iradesine üstünlük tanınması gerektiği görüşündedir (Özen, s. 413). Kanaatimizce, yapılan kanuni düzenlemede "açıkça kanuni temsilciye tanınmamış" olan (oysa suçun failinin çocuk olduğu sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunda kanunda açıkça kanuni temsilciye şikayet hakkı

Ceza Kanunu'nun yeni sistemiyle de uyumludur¹³⁶. Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay da bu görüştedir¹³⁷.

tanınmıştır) “şahsa sıkı sıkıya bağlı” bir hakkın, ilerde mağdur çocukla “menfaat çatışması” ortaya çıkabilecek kanuni temsilcilerine bırakılması, cinsel ilişki öncesi rızasına (cinsel ilişkiye verilen rıza) ve cinsel ilişki sonrası onamına (şikayet hakkının kullanılmayarak cinsel ilişkiye verilen rızasının devam ettiğinin, bu ilişkinin sonradan da onaylandığının gösterilmesi) bütüncül bir yaklaşımla hukuken değer verilen mağdurun cinsel ilişki sonrasındaki rızasının devamlılığının görmezden gelinmesi suretiyle kişinin cinsel özgürlüğü konusunda kanuni temsilcilerine söz hakkı verilmesi, kişinin cinsel özgürlüğüne verdiğimiz önem sebebiyle hem düşünsel açıdan hem de hukuken kabul edilebilir değildir. Böyle bir düşünce, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen “çocuğun yüksek yararı” yerine sözleşme hükümlerine aykırı bir biçimde çocuğun kanuni temsilcilerinin yüksek yararının korunması anlamına da gelecektir. Ayrıca fiile rıza verebileceği düşülen mağdurun fiilin cezai yönden takibi konusunda yeterli olgunluğa ulaşmadığını savunmak, bu konuda kanuni temsilcilerin devreye girmesini savunmak, kendi içinde çelişkili bir yaklaşım olacaktır. Aynı zamanda Ünver'in ortaya koyduğu düşünce suçun faili açısından da ceza hukukunun güvence fonksiyonu ile bağdaşır değildir, zira mağdurla birlikte hareket edip onun kendisini şikayet etmeyeceğine güvenerek cinsel ilişki yaşayan failin sonraki süreçte mağdurun kanuni temsilcilerinin inisiyatifleriyle cezalandırılabilmesi, kanunda mağdurun kanuni temsilcilerine şikayet hakkı tanıyan açık bir düzenleme olmadığı müddetçe, mümkün olmamalıdır. Hatta bu son durumda, şayet şikayet hakkı çocuğun kanuni temsilcisine tanınırsa “fiil ve faili” yıllar sonra öğrenmesi mümkün olan çocuğun kanuni temsilcileri karşısında failin dava zamanaşımı süresince ceza tehdidiyle karşı karşıya kalması riski de ortaya çıkacaktır (Benzer yönde bir değerlendirme için Bknz. Akdağ, s. 183).

¹³⁶ Hatice Karakuş, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı”, **Hukuk Gündemi**, Yıl: 2012, Sayı:2, s. 91.

¹³⁷ Başvurucu baba; kızının hamile olduğunu, dolayısıyla cinsel ilişkiyi kendisinin öğrendiği tarihten itibaren süresinde yaptığı şikâyet üzerine kovuşturma başlatılmamasından şikâyetçidir. "Reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu, 5237 sayılı Kanun'da "kişilere karşı suçlar"ı hüküm altına alan ikinci kısmın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmektedir. Suçun basit hâlinin takibi şikâyete tabidir. Şikâyet hakkı ise kişiye sıkı surette bağlı bir hak olup korunan hukuki değer in sahibi olan çocuğa aittir. Ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçükler, mağduru oldukları suç yönünden doğrudan doğruya şikâyet hakkına sahiptirler. Çocuğun kanuni temsilcisi olmaları nedeniyle ebeveynlerinin de şikâyet hakkı bulunmaktadır. Ancak ebeveynin şikâyet hakkı suçun mağduru çocuğun şikâyet hakkından bağımsız bir hak değildir. Ebeveyn ile çocuğun iradelerinin çatışması durumunda çocuğun iradesine üstünlük tanınmaktadır... (Anayasa Mahkemesi'nin 08.03.2018 tarihli, Hacı Polat Başvurusu, Başvuru No: 2014/15959, 55. ve 56. paragraflar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15959>). Her ne kadar mağdurenin babası H.Y.'nin 18.10.2011 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını belirttiğinden bahisle sanik hakkında düşme kararı verilmiş ise de; olay tarihinde onyediy yaşta içerisinde olup kolluk beyanında sanıktan şikayetçi olduğunu belirten ve yargılama sırasında 30.6.2011 tarihinde de evlenmek suretiyle ergin olan mağdurenin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkına sahip olduğu gözetilmeden ve kovuşturma YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Yukarıda da belirtildiği üzere ancak ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar bu hakkı kullanabileceğinden, somut olayın koşulları içinde ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar adına şikayet hakkı kanuni temsilcileri tarafından kullanılabilir. Örneğin fail, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bilememesi sonucunda cinsel ilişkiye yönelik rızasını mevcut zannederek ilişkiye girmiş ise, bu eylem her ne kadar çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturmasa da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturabilecektir ve hiç kuşkusuz böyle bir durumda, şikayet hakkını kullanacak olan kişi ayırt etme gücüne sahip olmayan mağdur değil, mağdurun kanuni temsilcileri olacaktır. Aynı şekilde gerçekleştirilen cinsel ilişki sonrasında ayırt etme gücünün yitilmesi durumunda da, şikayet hakkının artık mağdurun kanuni temsilcileri tarafından kullanılacağı kabulü gereklidir. Nitekim Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹³⁸.

Hiç kuşkusuz şikayet hakkına sahip, 15 yaşını tamamlamış, ayırt etme gücüne haiz mağdur çocuk şikayet hakkını kullanamadan ölmüşse, bu hakkı onun adına kanuni temsilcilerinin kullanması mümkün olmayacaktır¹³⁹.

CMK 158. maddenin 7. fıkrası hükmü, *yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde,*

sırasında yeniden beyanı alınarak şikayetçi olup olmadığı hususu sorulmadan, babasının şikayetçi olmadığından bahisle düşme kararı verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 07.05.2015 tarihli ve E. 2013/7341, K. 2015/6190 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹³⁸ *...sanıkların, mağdurenin kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, buna göre sanıkların mağdureye yönelik gerçekleştirdikleri eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, söz konusu suçun kovuşturulmasının şikâyete tabi olduğu ve mağdure ile annesi müşteki sanıklardan şikayetçi olmadıklarını ifade etmeleri hususu gözetilerek, sanıklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan açılan kamu davalarının düşmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 15.06.2017 tarihli ve E. 2017/985, K. 2017/3351 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹³⁹ Özgenç, s. 266, 3 no'lu dipnot., aynı yönde Baytemir, s. 509-510. 5237 sayılı TCK'nun 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete tabi olması ve *mağdurenin soruşturma evresinde ifadesi alınmadan 26.08.2012 tarihinde öldüğünün tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, yaşı itibarıyla şahsa sıkı sıkıya bağlı şikayet hakkını müstakilen mağdurenin kullanabileceği nazara alınarak vaki şikayet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken, anne ve babanın şikayetçi olmaları nedeniyle yargılamaya devamla yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 22.03.2018 tarihli ve E. 2015/2643, K.2018/2167 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

yargılamaya devam olunur şeklindedir. Bu sebeple fail hakkında rızasıyla cinsel ilişki yaşadığı mağdurun 14 yaşında olduğundan bahisle çocuğun cinsel istismarı suçundan dava açılıp sonraki aşamada mağdurun suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış olduğu anlaşılırsa, mağdur açıkça şikayetten vazgeçmedikçe yargılamaya devam edilecektir. Bu bağlamda, öğretide “sessiz şikayet” olarak adlandırılan kurum sayesinde sanki mağdurun en baştan itibaren şikayeti varmışçasına dava devam ettirilecek; ancak mağdurun şikayetinden vazgeçmesi halinde davanın düşecektir. Nitekim Yargıtay da CMK’nın 158. maddesinin 7. fıkrası gereği, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan şikayet olmasa bile, yargılamanın devam edeceği görüşündedir¹⁴⁰. Öğretide *Taner* CMK 158 maddesinin 7. fıkrası hükmünün tatbiki sırasında mağdurun açıkça şikayetten vazgeçmesi halinde “bunun daha önceden yapılmış olan şikayetin geri alınması hali olmadığı”, “şikayet hakkının kullanılmaması hali” olduğundan hareketle” bu vazgeçmeyle ilgili olarak sanığın kabulüne gerek bulunmadığını ifade etmiş olsa da¹⁴¹, artık davanın açıldığı bir ortamda yargı organı önünde aklanma hakkının tesisi için getirilmiş Türk Ceza Kanunu’nun 73. maddesinin 6. fıkrasındaki ana kuraldan ayrılmamak ve vazgeçmenin onu kabul etmeyen sanığı etkilemeyeceğini kabul etmek gerekir.

TCK 73/1 ve 73/2 gereğince, şikayet, mağdur çocuğun fiili ve faili bildiği veya öğrendiği günden itibaren, dava zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, 6 aylık süre içinde gerçekleştirilmelidir. Burada fiilin öğrenilmesinden kasıt, cinsel ilişki şeklinde gerçekleşen hareketin öğrenilmesi olup, gerçekleşen cinsel ilişkinin hukuken suç teşkil ettiğinin mağdur tarafından öğrenmesi değildir¹⁴². Failin bir suç işleme kararının

¹⁴⁰ Cinsel istismar suçuna ilişkin TCK’nın 103/2. maddesi uyarınca açılan kamu davasında eylemin mağdurenin rızası ile gerçekleştiği ve TCK’nın 104/1. maddesine uyduğu gözetilerek, CMK’nın 158/6. maddesinde bir suça ilişkin kovuşturma evresine geçildikten sonra takibinin şikâyete tâbi olduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilmesi gerektiği öngörüldüğünden, yargılamaya devam edilerek atılı suçun işlendiğinde ilişkin kesin ve yeterli delil bulunmadığından ve atılı suçun unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi yerine şikâyetin süresinde yapılmadığından bahisle düşme kararı verilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 09.09.2013 tarihli ve E. 2011/19769, K. 2013/8783 no’lu kararı, www.kazanci.com).

¹⁴¹ *Taner*, s. 392.

¹⁴² Öğretide haklı olarak şikayet süresinin mağdurun maruz kaldığı eylemin suç olduğunu bilmesiyle birlikte başlamasının şikayet süresini belirsiz kılacağı ve suçun failini belirsiz süre mağdurun şikayet tehdidi altında bırakacağı, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağına yönelik kuralın mağdurlar için de geçerli olduğundan bahisle, şikayet süresinin başlangıcının fiilin suç olduğunun öğrenilme anı değil, fiilin ve o fiilin failinin *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

icrası kapsamında aynı mağdurla değişik zamanlarda birden fazla kez cinsel ilişkiye girdiği durumlarda, 6 aylık şikayet süresi, mağdurun 18 yaşını tamamlamadan önce faille gerçekleştirdiği son cinsel ilişki anından itibaren başlayacaktır¹⁴³. Burada şikayetin bölünmezliği ilkesi gereği şikayet edilen şey fiil olduğundan dolayı bu suçun iştirak halinde işlendiği durumlarda fail ve şeriklerin her birinin tek tek şikayet edilmesine gerek yoktur. Bu bağlamda şikayet dilekçesinde fail veya şerik gösterilmemiş olsa veya fail veya şeriklerin bir kısmı unutulmuş dahi olsa, yapılan şikayet olaya katılan tüm fail veya şerikleri kapsayıcı niteliktedir.

Şikayetin açık ve anlaşılır bir şekilde yapılması gerekmekte olup, şayet dosya kapsamında mağdurun şikayetçi olup olmadığı hususunda tereddüt hasil olmuşsa, bu tereddüt giderildikten sonra hüküm kurulması gerekmektedir¹⁴⁴.

Bu suçta şikayetin zamanında yapılmaması, soruşturma evresinde kamu davasının açılmasına yer olmadığı (takipsizlik kararı) kararının verilmesine, kovuşturma aşamasında ise kamu davasının düşmesi kararının verilmesine yol açacaktır. Nitekim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin aynı yönde birçok kararı bulunmaktadır¹⁴⁵.

kim olduğunun bilindiği veya öğrenildiği an olduğu ifade edilmiştir. (Aydın, s. 110., Köksal, s. 720).

¹⁴³ Mağdure ile sanık arasında mağdurenin onsekiz yaşını doldurmadan önceki son cinsel ilişki tarihi belirlenmesi ile şikayetin 6 aylık sürede yapılıp yapılmadığının tespitinden sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.10.2014 tarihli ve E. 2012/12037, K. 2014/11260 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹⁴⁴ Akkaya, s. 379. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu görülmektedir: Suç tarihinde onaltı yaş içinde olan mağdure ile cebir, hile, tehdit veya zor olmaksızın rızası ile cinsel ilişkide bulunan sanığın eyleminin oluşa ve dosya kapsamına uygun olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu kabul olunmuş ise de mevcut suçun şikayete tabi bir suç olduğu, mağdurenin duruşmadaki 07.12.2010 günlü beyanında "aslında ben şikayetçiyim de annem babam şikayeti geri alalım dedi. Sen istiyorsan alalım dediler. Ben de bilmiyorum" şeklindeki beyanında açıkça şikayetçi olup olmadığı anlaşılammakla mağdurenin yeniden çağrılarak bu hususta açıkça bir beyanı alındıktan sonra sonucuna göre hüküm kurulması ve katılan vekilinin katılma hususunun sonuca göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi... Yargıtay 14. CD.'nin 03.03.2016 tarihli ve E. 2014/2624, K. 2016/2100 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁴⁵ ...mevcut haliyle eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen tabiki şikayete bağlı reşit olmayanla casliyeinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve sanığın eylemini şikayet tarihinden yaklaşık on ay önce gerçekleştirdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, aynı Kanunun 73/1. maddesinde düzenlenen altı aylık kanuni süresi içerisinde mağdurenin şikayette bulunmadığı gözetilerek sanık hakkında değişen vafsa göre

Mağdur “serbest iradesiyle” şikayetten feragat ettiğinde sonradan feragatten dönmesi, vazgeçtiğinde ise sonradan vazgeçmeden dönmesi mümkün değildir¹⁴⁶. Hükümün kesinleşmesinden sonraki vazgeçmelerin hukuken bir önemi haiz değildir.

kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması.... (Yargıtay 14. CD.’nin 23.12.2019 tarihli ve E. 2016/5078, K. 2019/13526 no’lu kararı, www.kazanci.com)., Mağdurenin kollukta fuhşa teşvik edildiğini belirttiği tarihleri ...’le ilişkisi olan 2012 yılı Ağustos ayı ile Mersin’de yakalandıkları 09.04.2013 tarihleri arası beyan etmesine rağmen diğer sanıklarla ilişkiye girdiği günlerle ilgili net bir tarih vermemesi, kovuşturma evresinde ise sanık ...’ın 2012 Kasım ayı ortalarından sonra fuhşa zorladığını iddia etmesi, sanık ...’ın samimi beyanında eyleminin 2012 yılının Eylül ayında gerçekleştiğini beyan etmesi ve mağdurenin şikayetini 16.04.2013 günü yaptığının anlaşılması karşısında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyetlerine karar verilen sanıklar’ın eylemlerinin ne zaman gerçekleştiği konusu her bir sanık açısından ayrı ayrı tartışılıp açıklığa kavuşturulduktan sonra şikayetin altı aylık kanuni süresinde gerçekleşip gerçekleşmediği ... (Yargıtay 14. CD.’nin 20.05.2019 tarihli ve E. 2019/2794, K. 2019/9847 no’lu kararı, www.kazanci.com)., ...bu suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi olduğu ve mağdurenin dosyaya sunduğu 02.07.2014 havale tarihli dilekçeyle sanıklar haklarındaki şikayetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, vaki feragat nedeniyle kamu davalarının 5237 Sayılı TCK’nın 73 ve 5271 Sayılı CMK’nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi (Yargıtay 14. CD.’nin 16.05.2019 tarihli ve E. 2018/9991, K. 2019/9836 no’lu kararı, www.kazanci.com)., Oluş ve kabule göre, suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş aralığında bulunan mağdurenin, okuldan öğretmeni olan sanık ile aralarında geçen duygusal yakınlaşma sonrası 2011 yılı Ocak ayında sanığın evinde rızaen cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mevcut haliyle kabul edilen eylemin 5237 Sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, şikayetin altı aylık kanun süresinden sonra 14.10.2011 tarihinde yapılması sebebiyle açılan kamu davasının düşürülmesi yerine, davaya konu yapılmayan cinsel taciz suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması... (Yargıtay 14. CD.’nin 18.12.2017 tarihli ve E. 2015/335, K. 2017/6502 no’lu kararı, www.kazanci.com)., Sanık K1 hakkında, TCK 104/1 maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturan eylemi nedeniyle açılan kamu davasının şikayetten vazgeçme nedeniyle TCK 73/4 ve CMK 223/8 maddeleri gereğince DÜŞÜRÜLMESİNE" şeklinde hüküm kurulmak suretiyle CMK 280/1-a maddesi gereğince hukuka aykırılığın DÜZELTİLEREK İSTİNAF BAŞVURULARININ ESASTAN REDDİNE, dosyanın hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine... (Antalya BAM, 6. CD.’nin 06.02.2019 tarihli ve E. 2018/2099, K. 2019/190 no’lu kararı, www.lexpera.com).

¹⁴⁶ ...bu suçun ise soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan olduğu, mağdurun soruşturma evresinde onbeş yaşını tamamladıktan sonra kollukta ve Cumhuriyet savcılığında 27.12.2006 tarihinde vekil huzurunda alınan ifadelerinde, kendisiyle ters ilişkiye giren kişilerden şikayetçi olmadığını beyan ettiği, 05.01.2007 günü Cumhuriyet savcılığında ve 16.02.2007 tarihli duruşmada sanıklardan şikayetçi olduğunu belirtmiş ise de, şikayetten vazgeçmeden rücu etmenin mümkün olmadığı gözetilerek sanıklar ile ... haklarında açılan kamu davalarının şikayet yokluğu nedeniyle 5271 sayılı CMK’nın 223/8. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde YÜHF D Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Mağdur şikayetten vazgeçtiğinde sanığa bunu kabul edip etmediği de sorulmaktadır. Sanık bunu kabul etmezse yargılamaya kaldığı yerden devam edilmekte; ancak yargılama mahkumiyetle bitecekse şikayetin yokluğu sebebiyle davanın düşmesine karar verilmektedir. Nitekim Yargıtay da şikayetten vazgeçme söz konusu olduğunda hem vazgeçmenin doğruluğunun kontrolü adına mağdurun dinlenmesini hem de şikayetten vazgeçme sanığın kabulüne bağlı olduğundan vazgeçmenin kabul edilip edilmediğinin sorulması için sanığın dinlenmesini istemektedir¹⁴⁷.

Bu suç tipi iştirak halinde işlenebildiğinden, faillerden biri hakkında şikayetten vazgeçme Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin 5. fıkrası gereği diğerlerine de sirayet edecektir. Bu bağlamda fail hakkında şikayetten vazgeçtiğini açıklayan mağdurun cinsel ilişkisinin yaşandığı evi ve ortamı ayarlamış olan kişi hakkında şikayetini devam ettirmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, bu suç tipinde müşterek failliğin ortaya çıkması mümkün olduğundan, faillerden biri hakkındaki şikayetten vazgeçme diğer fail hakkında da geçerli olacaktır¹⁴⁸.

mahkûmiyetlerine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 15.03.2016 tarihli ve E. 2015/8952, K. 2016/2503 no'lu kararı, www.lexpera.com)., ...her ne kadar mağdure 11.02.2004 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olduğunu beyan etmiş ise de, soruşturma evresinde kollukta alınan 26.07.2003 tarihli beyanında kimseden şikayetçi olmadığını beyan ettiği, bu durumda şikayetten vazgeçmeden vazgeçmenin sözkonusu olamayacağı düşünülmüş, sanık hakkında reşit olmayan mağdure ile rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunmak suçundan açılan kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle 5237 Sayılı Kanun'un 73/4 ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223/8. maddeleri gereğince düşürülmesine karar verilmesi gerekirken... (Yargıtay 14. CD.'nin 21.01.2016 tarihli ve E. 2015/8229, K. 2016/539 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Sanığın işlediği kabul edilen ve 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikayete bağlı bulunduğu, mağdurenin 26.02.2005 günlü kollukta alınan beyanında şikayetçi olmadığını bildirdiği, bu beyanın serbest irade sonucu olmadığına dair bir tespitin bulunmadığı, daha sonraki şikayetçi olduğu yönündeki açıklamalarının da vazgeçmeyi ortadan kaldırmayacağı nazara alınarak kamu davasının vazgeçme nedeniyle düşmesi yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi... (Yargıtay 5. CD.'nin 29.01.2009 tarihli ve E. 2008/7984, K. 2009/679 no'lu kararı, aktaran Baytemir, s. 502).

¹⁴⁷ *Sanığa isnat olunan ve 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesi kapsamında bulunan reşit olmayanla rızasıyla cinsi münasebette bulunmak suçunun takibi şikayete bağlı olup, katılan vekilinin temyiz aşamasında mahkemeye sunduğu 22.01.2008 günlü dilekçede katılan Arife'nin sanık hakkında şikayetinden vazgeçtiğini beyan ettiğinden, öncelikle katılana şikayetten vazgeçme hususu, sanığa da vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulup, sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesi de gözetilerek mahkemesince bir karar verilmesi lüzumu... (Yargıtay 14. CD.'nin 12.06.2008 tarihli ve E. 2008/1869, K. 2008/6353 no'lu kararı, www.kazanci.com).*

¹⁴⁸ Aksi düşünce için Bknz. Beyazıt, s. 303.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurunun şikayetçi olmadığı¹⁴⁹ veya şikayetinden vazgeçtiği¹⁵⁰ veya şikayetçi olup davaya katılmak istemediği durumlarda¹⁵¹, yaş küçüklüğü nedeniyle atanan vekilin hükmü kanun yoluna gönderme hakkı yoktur.

¹⁴⁹ Kayden 01.02.1999 doğumlu olup kovuşturma evresinde mahkemece ifadesinin alındığı 01.12.2015 tarihli duruşmada on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin, olay nedeniyle şikayetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 07.10.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 07.10.2019 tarihli ve E. 2019/5789, K. 2019/11382 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), Suç tarihinde on altı yaşında olan mağdurenin, ilk derece mahkemesinde verdiği ifadesinde şikayetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığı gibi mahkemece verilen katılma kararı da bu hakkı vermeyeceğinden, vaki temyiz isteminin 5271 sayılı CMK'nun 298. maddesi uyarınca REDDİNE... (Yargıtay 14. CD.'nin 02.03.2021 tarihli ve E. 2020/2543, K. 2021/1732 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁵⁰ Kayden 07.02.1997 doğumlu olup kovuşturma evresinde ifadesinin alındığı 22.01.2013 günlü duruşmada onaltı yaş içerisinde bulunan mağdurenin, sanık hakkındaki şikayetinden vazgeçtiğini beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 14.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 14.02.2018 tarihli ve E. 2018/906, K. 2018/1065 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Kayden 1994 doğumlu olup suç tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin 02.03.2011 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını beyan etmesi ve her ne kadar 08.02.2012 günlü celsede şikayetçi olmuş ise de, şikayetten vazgeçmeden rücnunun mümkün olmaması karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE... (Yargıtay 14. CD.'nin 10.05.2018 tarihli ve E. 2017/5971, K. 2018/3532 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁵¹ Zorunlu vekilin kanun yollarına başvurabilmesi için mağdurun katılan sıfatını alması gerekmektedir. Yargıtay mağdurun davaya katılmak istemediği veya bu konuda beyanının alınmadığı durumlarda zorunlu vekilin hükmü temyiz hakkı olmadığı görüşündedir: Kayden 09.05.1993 doğumlu olup kovuşturma evresinde verdiği 04.03.2010 tarihli mahkeme ifadesinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin, olay nedeniyle sanıktan şikayetçi olduğunu ancak davaya katılmak istemediğini beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE... (Yargıtay 14. CD.'nin 05.02.2020 tarihli ve E. 2018/4292, K. 2020/821 no'lu kararı,

Kural olarak bu suç tipi şikayete bağlıdır; ancak suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde ve evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde soruşturma resen yapılacaktır. Aile içi ilişkilerin mağdurun şikayet hakkını özgürce kullanmasını engelleyebileceğinden, suçun kovuşturulmasının resen yapılması yerinde olmuştur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete tabi basit hali bakımından görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir¹⁵². 01.02.1943 tarihli 1942-39/9 no'lu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, cezayı ağırlaştırın

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Kayden 20.09.1996 doğumlu olup kovuşturma evresinde ifadesinin alındığı 13.03.2014 günlü duruşmada onsekiz yaş içerisinde bulunan mağdurenin vekil huzurunda verdiği ifadesinde suça sürüklenen çocuktan şikayetçi olduğunu ancak davaya katılmak istemediğini beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 21.06.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 21.06.2017 tarihli ve E. 2017/3337, K. 2017/3508 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Suç tarihinde on altı yaş içerisinde bulunan mağdurenin, kovuşturma evresinde yapılan araştırmalara rağmen temin edilememesinden dolayı mahkemece dinlenilmesinden vazgeçilmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından (Yargıtay 14. CD.'nin 07.06.2021 tarihli ve E. 2017/3532, K. 2021/4095 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>),.

Kayden 01.07.1999 doğumlu olup tashih edilmiş kaydına göre suç tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin, yapılan araştırmalara rağmen temin edilememesinden dolayı mahkemece dinlenilmesinden vazgeçilmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin ... sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek ... sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 07.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi... (Yargıtay 14. CD.'nin 07.05.2019 tarihli ve E. 2019/2971, K. 2019/9568 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁵² Baytemir bu suç bakımından görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğunu; ancak uygulamada genellikle cinsel ilişkinin “zora dayalı” olarak gerçekleştiği iddia edildiğinden dolayı, bu iddianın araştırılması adına bu suçun yargılama aşamasında yüksek görevli mahkeme olan ağır ceza mahkemesi nezdinde gerçekleştirildiğini haklı olarak ifade etmektedir. Ayrıca yazar, cinsel ilişkinin zora dayalı olarak gerçekleştiğinin iddia edilmesine rağmen yargılamanın asliye ceza mahkemesi nezdinde yapılmış olmasının temyiz ve istinaf aşamasında hükmün bozulmasına sebebiyet verdiğini de belirtmektedir (Baytemir, s. 513).

haller suçu, “nitelikli bir suç”a dönüştürmüş ve ağırlaşmış hal için kanunda “bağımsız bir ceza” öngörülmüşse, bu cezaya bakılmak suretiyle mahkemenin görevli olup olmadığının tespiti yapılması gerekeceğinden, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri bakımından görevli mahkeme ise ağır ceza mahkemesi olarak karşımıza çıkacaktır.

Yetkili mahkeme ise, suç teşkil eden filin gerçekleştiği, yani cinsel ilişkiye girildiği, yer mahkemesi olarak karşımıza çıkacaktır. Şayet fail bir suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura karşı değişik yerlerde bu suç işlemişse, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 12. maddesinin 2. fıkrası gereği son cinsel ilişkinin yaşandığı yer mahkemesi, yetkili mahkeme olarak karşımıza çıkacaktır.

Bu suçta mağdur 15 yaşını doldurmuş çocuk olduğundan, CMK 236/3 uyarınca bu çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin hazır bulundurulması gerekecektir. Şayet bu suç sebebiyle mağdurun psikolojisi bozulmuşsa, CMK 236/2 uyarınca, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklı kalmak kaydıyla, mağdurun tanıklığına soruşturma veya kovuşturma aşamasında sadece bir defa başvurulabilecektir. Bu suç bakımından 15 yaşını doldurmuş, mağdur çocuğa CMK 234/2 uyarınca istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilecektir.

Bu suçta dava zamanaşımı TCK 66/1-e uyarınca 8 yıldır, uzatılmış dava zamanaşımı süresi ise 12 yıldır. Suçun nitelikli halleri söz konusu olduğunda dava zamanaşımı süresi, TCK 66/1-d uyarınca 15 yıldır, uzatılmış dava zamanaşımı ise 22 yıl 6 aydır. Dava zamanaşımının başlangıç anı, Türk Ceza Kanunu’nun 66. maddesinin 6. fıkrasına göre belirlenecektir¹⁵³. Bu suçun faili kabul ettiğimiz görüş uyarınca 15 yaşını

¹⁵³ Türk Ceza Kanunu’nun 66. maddesinin 6. fıkrasında çeşitli olasılıklara göre dava zamanaşımı süresinin ne zamandan itibaren başlayacağı ifade edilmiştir. Burada özellikle çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını ifade eden kanun hükmünü bu suç tipi bakımından uygulanma olasılığının yüksek olması sebebiyle hatırlatmakta yarar vardır. Hiç kuşkusuz çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından şayet suçun nitelikli halleri gerçekleşmişse, 15 yıllık dava zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlayacak; ancak suçun basit hali gerçekleşmiş ise, 8 yıllık dava zamanaşımı süresinin çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlayabilmesi adına mağdur çocuğun şikayet hakkını önceden zamanında kullanmış olması da gerekecektir (Aynı yönde Bknz. Köksal, s. 723).

doldurmuş bir çocuk da olabileceğinden, Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin 2. fıkrası uyarınca dava zaman aşımı süresi, normal veya olağanüstü dava zaman aşımı süresinin üçte ikisi olarak ortaya çıkacaktır¹⁵⁴.

CMK 253/3 gereğince, *soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceğinden*, bu suçta uzlaşmaya gitmek mümkün görünmemektedir¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Olay tarihinde on beş-on sekiz yaş grubunda bulunan suçta sürüklenen çocuğa isnat edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenip öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1-e, 66/2. maddelerinde belirtilen 5 yıl 4 aylık olağan dava zaman aşımına tabi bulunduğu ve beraat eden suçta sürüklenen çocuğun mahkeme sorgusunun yapıldığı 07.09.2015 ile inceleme tarihi arasında bu sürenin geçtiği anlaşıldığından, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, aynı Kanunun 322/1 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca münnet suçtan görülen kamu davasının zaman aşımı nedeniyle DÜŞMESİNE, 03.02.2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 03.02.2021 tarihli ve E. 2019/4122, K. 2021/890 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), *Suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş grubunda bulunan suçta sürüklenen çocuğun eylemine uyan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde öngörülen cezasının üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1.e, 66/2 ve 67/son maddelerine göre, 8 yıllık asli ve ilave dava zaman aşımına tâbi olduğu ve suç tarihi olan 2007 yılı Temmuz ayı ile karar tarihi olan 04.11.2015 arasında bu sürenin gerçekleştiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması kanuna aykırı, suçta sürüklenen çocuk müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ile 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddeleri gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden suçta sürüklenen çocuk hakkında açılan kamu davasının aynı Kanunun 322. ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca zaman aşımı sebebiyle DÜŞMESİNE, 18.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 18.04.2016 tarihli ve E. 2016/1538, K. 2016/3878 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).*

¹⁵⁵ Bu suç uzlaşma kapsamındayken, 19.12.2006 yürürlük tarihli 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle uzlaşma kapsamı dışına çıkarılmıştır. Söz konusu kanun değişikliğinin failin aleyhine olduğundan ve aleyhe olan kanunun geriye yürümesi mümkün olmadığından, söz konusu düzenleme yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olan suçlar bakımından uzlaşmaya gidilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyete tabi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560 sayılı Yasa ile değişik CMK.nun 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte eylemin aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK.nun 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğinden CMK.nun 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulmaması... (Yargıtay 5. CD.'nin

Somut cezanın iki yıl veya daha az hapis cezası olarak ortaya çıktığı durumlarda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya cezanın ertelenmesi mümkün görünmektedir¹⁵⁶.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından yaptırımın tatbiki açısından önemli olan bir diğer husus ise, bu suçun basit halinden dolayı haklarında hapis cezası tatbik edilenler cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilecekken¹⁵⁷, suçun nitelikli hallerinden dolayı hapis cezasına mahkum olanlar ise cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilecektir¹⁵⁸. Ayrıca, bu suçun nitelikli hallerinden mahkum olanlar hakkında cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde kanunda sınırlı sayıda

25.02.2010 tarihli ve E. 2010/631, K. 2010/1537 no'lu kararı, www.lexpera.com)., Sanığın işlediği kabul edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikâyete tâbi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560 sayılı Kanun ile değişik CMK.nın 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte atılı suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK.nın 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, mağdurenin yargılama aşamasında beyanının tespit edilememesi de gözönünde bulundurularak, mağdurenin olayla ilgili ifadesine başvurulup, CMK.nın 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulduktan sonra hüküm kurulması yerine, yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 16.01.2014 tarihli ve E. 2012/2649, K. 2014/405 no'lu kararı, www.lexpera.com). Öğretide Koca/Üzülmez cinsel suçlarda yakışsız pazarlıklara engel olmak, uzlaşma hükümlerinin kötü emellere alet edilmesinin önüne geçmek için bu düzenlemenin yapıldığı görüşündedir (Koca/Üzülmez, s. 380). Suçun şikâyete tabi olduğu bir ortamda bu "yakışsız pazarlıklar" her zaman söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce, cinsel suçların uzlaşma kapsamı dışında bırakılmasının temel nedeni toplumun bu suçları işleyenlere duyduğu yoğun tepki kaynaklı olabileceği gibi fail ve mağdurun katılımıyla yürütülen uzlaşma sürecinin mağduru daha da mağdur duruma düşürebileceği endişesi olabilir.

¹⁵⁶ Dairemizce de benimsenen Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas ve 2009/13 Karar sayılı kararında; CMK.nın 231/5-c maddesinde geçen zarar kavramının yalnızca maddi zararları ifade etmek için kullanıldığı manevi zararın bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmiş olduğu ve dosyada mağdurenin maddi zararının bulunduğu dair herhangi bir belge ya da bu konuda ileri sürülen bir iddia da bulunmadığı halde, zararın giderilmediğinden ve uzlaşmanın sağlanmadığından söz edilerek anılan gerekçelerle ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 19.01.2012 tarihli ve E. 2011/12610, K. 2012/460 no'lu kararı, www.lexpera.com).

¹⁵⁷ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin 2. fıkrasının d bendi.

¹⁵⁸ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinin 9. fıkrası.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

sayılmış olan tedavi veya yükümlülüklerden¹⁵⁹ bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilecektir.

SONUÇ

Bugün gelinen noktada, Yargıtay'ın reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından “cinsel ilişki” kavramına verdiği anlamın ne 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun “kadının da cinsel suçların faili olabileceğini ortaya koyan bakış açısıyla” ne Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Türkiye'nin imzalamış olduğu Uluslararası Sözleşmeler'le korunan “eşitlik ilkesiyle” ne de modern toplum düzenin cinsellikte geldiği aşama ve “cinsel ilişki şekilleriyle” bağdaşmaktadır. Cinsel ilişkinin erkek egemen bir yapı üzerinden anlamlandırılmasının, bu bağlamda diğer cinsiyetlerin cinsel ilişkilerinin dışlanması, cinsel ilişkinin sadece “erkeğin cinsel organının kadınının vajinasına veya anüsüne sokulması veya erkeğin cinsel organın başka bir erkeğin anüsüne sokulması” olarak tanımlanmasının, bu bağlamda erkeğin cinsel organı dışında kalan diğer vücut organlarıyla icra edilebilen (parmak gibi), cisimle (yapay penis gibi) veya oral yolla gerçekleşen cinsel ilişki biçimlerinin dışlanması hukuki bir açıklaması Türk Ceza Kanunu metinlerinde bulunmamaktadır. Kanaatimizce, kanun metinlerinde mevcut bulunmayan bu türden ayrımcılıkların uygulayıcıların zihinlerinde de bulunmaması gerekir. Aynı şekilde kanun metninin açık olduğu “suçun mağdurunun 15 yaşını doldurmuş çocuk olarak tanımlandığı, fail bakımından herhangi bir kısıtlamanın öngörülmediği” bir durumda, kanunun madde başlığında yer alan “reşit olmayan” kelimelerinden hareketle eski içtihatlarla bağlı kalınarak bu suçun faili ve mağduru bakımından yapılan yorumların da hatalı sonuçlar ortaya çıkaracağı açıktır.

Burada sorun sadece kanunu uygulayanlar da değildir. Bu bağlamda kanun koyucuya da bazı önemli görevler düşmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun, açık ve kolay anlaşılır, uygulayıcıların kafasında kuşku yaratmayacak suç tanımlamalarının yapılması önemlidir. Özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından yazımızda ortaya koyduğumuz

¹⁵⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinin 9. fıkrasında sınırlı sayıda sayılmış olan tedavi ve yükümlülükler şunlardır: a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, b) Tedavi amaçlı programlara katılmak, c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak.

doktrindeki görüş farklılıkları dikkate alındığında, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun, sade, açık, anlaşılır suç tipleri yaratmanın ne kadar önemli olduğu bir kez daha anlaşılacaktır. Aynı şekilde kanun metninde “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” şeklinde ortaya çıkan kelime grubu yerine “rızasıyla” tabirinin kullanılması, “cinsel suçlarda direnme yoksa rıza da vardır” şeklinde ortaya çıkan eski bakış açısının ortadan kaldırılması adına önemli bir gelişme olacaktır. Hiç kuşkusuz böyle bir değişikliğin anlamlı olabilmesi için bu değişikliğin Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 1. fıkrasının b bendi ile uyumlu bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak tüm bunlardan da öte, gerçekleşecek olan esas değişikliğin işin felsefesinde olması elzemdir. Kanun koyucunun “cinsel dokunulmazlık” kavramı yerine “cinsel özgürlük” kavramını hukuken tanımasının zamanı çoktan gelmiştir. Bilindiği üzere cinsel özgürlük kavramı hem kişinin kendi vücudundan özgürce yararlanma ve cinsel tercihlerini özgürce yaşama hakkını hem de başkalarının kendi vücuduna zarar vermesinin engellenmesini isteme hakkını içermektedir. Cinsel özgürlük yerine cinsel dokunulmazlık kavramının kullanılması bireyi süje olmaktan çıkarıp obje konumuna getirme riskini içinde barındırmakta, sanki bireye rağmen bireyin cinselliğini koruyor imajı ortaya koymaktadır. Zaten birey merkezli cinsel özgürlük kavramı daraltılmaya devam edildikçe, çeşitli sebeplerle cinsel tercihlerini özgürce yaşayamayan bireylerin ileride gerçekleşecek cinsel suçların faili ve mağduru olma olasılığı da gittikçe artacaktır. Bu yüzden de unutulmamalıdır ki cinsellik bir dokunulmazlık sorunu değil, bir özgürlük sorunudur. Cinselliğin bir özgürlük sorunu olduğu anlayışıyla, 15 yaşını tamamlamış, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve irade yeteneği gelişmiş olan çocuğun cinsel ilişkiye rızasının “cinsel tercihini özgürce yaşama hakkı” çerçevesi içinde kalıp kalmadığı sorgulanmalı, kanuni düzenlemeler bu sorgulamanın neticesine uygun yapılmalıdır.

Şayet 15 yaşını doldurmuş, algılama ve irade yeteneği gelişmiş çocukların cinsel ilişkiye girme hususunda özgürce tercihte bulunma hakkının olduğu kabul edilecekse, bu hak “amasız fakatsız” tanınmalı, böyle bir suç tipine kanunlarda yer verilmemelidir. Ancak şayet bu çocukların cinsel tercihini özgürce yaşama hakları sınırlandırılmak isteniyorsa, bu hakkın sınırlarının açıkça “çocuğun sömürülmesi” kavramı üzerinden tanımlanması gerekmektedir. Bu yüzden de 15 yaşını doldurmuş çocuğun rızasının “güvene dayalı ilişkilerle” rahatlıkla elde edilebildiği (aile içi ilişkiler-bakım/gözetim ilişkileri gibi) veyahut da “objektif olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen sebep niteliğinde olmayan ancak somut olayın koşulları altında sübjektif olarak mağdurun iradesini etkileyen”

durumların suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilebilir. Zaten bu günkü yapısı içinde de bu suç tipinin bu amaca hizmet edecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Yani tek başına soyut evlilik vaadinin objektif manada bir hile teşkil etmediği bir durumda, 15 yaşını doldurmuş çocuk mağdur bakımından söz konusu evlilik vaadinin mağdurun cinsel ilişkiye girme hususundaki iradesini etkilemesi ve bu sebeple de mağdurun sömürüldüğünü hissetmesi sebebiyle yaptığı şikayet üzerine fail ceza alabilmektedir. Burada önemli olan, 15 yaşını doldurmuş çocuğun hangi durumda sömürülmüş sayılacağına kanuni şartlarının açıkça ortaya konulması ve buna uygun bir suç tipi düzenlemesi yoluna gidilmesidir. Bunu yaparken de cinselliğin insanlar açısından önemli bir ihtiyaç olduğu unutulmadan hareket edilerek, konunun sosyolojik ve psikolojik temelleri de göz önünde tutularak bu suç tipiyle alakalı hukuki düzenlemelerin multidisipliner bir bakış açısıyla ortaya konulmasında yarar olacağı düşüncesiyiz.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

- AKBULUT Berrin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2019, Cilt:14, Sayı: 40.
- AKDAĞ Hale, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 5, Sayı: 9.
- AKKAYA Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2018.
- AKSAKAL Enver, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 88, Sayı: 2.
- ARSLANTÜRK Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Ankara, 2022.
- ARTUK Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015.
- AYDIN Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Ankara, 2018.
- BAYTEMİR Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2019.
- BEYAZIT Özgür, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2010, Sayı:1.
- ÇAKMUT Özlem Yenerer “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 22, Sayı:1.

- DOĞAN Recep, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2017, Sayı:1.
- GENÇ Şura / COŞKUN Seçil, “Ensest”, TBB Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 106.
- KANBUR Mehmet Nihat, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Yıl: 2015, Cilt: 16, , Özel Sayı.
- KARAKUŞ Hatice “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı”, Hukuk Gündemi, Yıl: 2012, Sayı:2.
- KARTAL Pınar Memiş, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.m.104)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 4.
- KANTARCI Nurullah, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- KOCA Mahmut / BOZKURT Özge / AKAR İbrahim, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Ankara, 2020.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2020.
- KÖKSAL Atacan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Prof. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015.
- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Ankara, 2020.
- ÖZEN Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 6. Baskı, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ İzzet, "Cinsel Suçlar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 24, Sayı: 1.
- ÖZYÜKSEL Özgün, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Cinsel İlişki’ Kavramı”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 9, Sayı: 17.
- PARLAR Ali / ÖZTÜRK Mustafa, Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, İstanbul, 2018.
- PEKER İlbilge Selcen, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 6, Sayı: 1.
- PEKMEZ Kelep Tuba, “Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen ‘Rızaya Dayalı’ Cinsel İlişkinin

- Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 8, Sayı: 2.
- POLAT Halil “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 5, Sayı: 13.
- SARIGÜL Ali Tanju, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 2.
- SERDAR İlknur, “Koruyucu Aile”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000.
- SEVÜK Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2020.
- ŞARE Ersin “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 21, Sayı: 2.
- ŞEN Ersan, “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, in Yorumluyorum-II, 3. Baskı, Ankara, 2014.
- ŞEN Ersan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik Önerisi”, in Yorumluyorum-XII, Ankara, 2016.
- ŞEN Ersan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, Yorumluyorum-XII, Ankara, 2016.
- TANER, Fahri Gökçen Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Bası, 2017.
- TANERİ Gökhan, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2021.
- TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2021.
- ÜNVER Yener, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, in Yener Ünver (ed), II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013, 2014.
- YENİDÜNYA A. Caner, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 33.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/89?EsasNo=2005%2F103>
<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>
<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22%3A%22FRE%22%2C%22appno%22%3A%2239272/98%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-66079%22%7D>
<https://www-lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
www.lexpera.com
www.kazanci.com

‡ CLAIM NOTICES UNDER THE FIDIC CONTRACTS: A COMPARISON OF THE CIVIL LAW AND COMMON LAW PERSPECTIVES

(FIDIC İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TALEP BİLDİRİMLERİ KITA AVRUPASI
HUKUKU VE ANGLO-SAKSON HUKUKU MUKAYESESİ)

Sinem Özyiğit * **

ÖZ

Günümüzde en yaygın kullanılan inşaat sözleşmesi formları FIDIC tarafından hazırlananlardır. Bu formlarda yer alan en önemli hükümlerden biri talep prosedürüne ilişkin hükümler olup, bir talebin zamanında ve usulüne uygun olarak karşı tarafa bildirilmesi bu prosedürün ilk adımıdır. Böyle bir bildirimde bulunulmaması hâlinde ise sözleşme tarafları ek süre ve/veya ek ücret hakkından mahrum kalacaklardır. Hukuk literatüründe Kıta Avrupası perspektifinden bu gibi önemli bir hükmü inceleyen çalışmaların şaşkıncu şekilde ender olduğunu gözlemliyoruz. Hâl böyle olunca çalışmamızdaki esas hedefimiz bu eksikliği elimizden geldiğince gidermektir. İlk bölümde FIDIC sözleşmeleri hakkında genel bir açıklama yapacağız. Ardından, inşaat sektöründe uyuşmazlıkların çoğunlukla bildirim hükümlerine aykırılıktan doğduğunu düşünerek, bir talep bildiriminin geçerliliği için FIDIC sözleşmelerinde öngörülen şekil ve süre düzenlemeleri üzerinde duracağız. Nihayet, bildirim hükümlerinin katı bir şekilde uygulanmasının önüne geçmek için kullanılacak argümanları saptayacağız. Bu değerlendirmeyi yaparken, Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden güncel yargı kararlarına başvuracağız.

Anahtar Kelimeler: İnşaat Sözleşmeleri, FIDIC, Talep, Talep Bildirimleri

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 22.02.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 28.02.2022. Onaylanma Tarihi: 25.07.2022.

* Avukat, İstanbul Barosu ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4907-0467.

Esere Atıf Şekli: Sinem Özyiğit, “Claim Notices Under The Fidic Contracts: A Comparison Of The Civil Law And Common Law Perspectives”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.391-448.

ABSTRACT

The FIDIC family of contract templates is leading in the construction industry at this point in time. An essential provision in those templates regards the claim procedure for additional time or money, the first step of which is notification of claims in a timely and duly manner. Non-compliance with notice requirements will otherwise deprive contracting parties of their right to additional time or money. Surprisingly, sources in legal literature regarding such an essential provision are still few and far between when it comes to civil law countries. As such, our main aim in this article is to fill this gap as much as possible. The first chapter will scrape the surface of the FIDIC standard contracts. Then, we will delve into the notice requirements, considering that disputes in the construction sector are circling around failure to comply with the notice requirements. Finally, we will determine the legal arguments available to prevent the strict application of the notice requirements. While doing this analysis, we will draw on the judgments from the civil law and common law systems.

Keywords: *Construction Contracts, FIDIC, Claim, Claim Notices*

INTRODUCTION

1. A construction project does always launch with strong ambitions for the successful completion of the process. However, the relationship between contracting parties during the long life of the project is not smooth sailing. Contracting parties may unexpectedly find themselves standing in sharp contrast to each other over a wide range of issues. A well-drafted construction contract at this point plays a vital role in preventing those issues from eclipsing the overall success of the project. Given every project is unique and complex in nature, contracting parties should actually be committed to cooperative negotiations to identify the technical and legal dynamics of the specific project, and to reach a comprehensive contract by drafting each provision with care. The ramification of adopting such an approach is that construction contract drafting becomes a highly cumbersome process. This, in turn, generates unease among the practitioners, given that they prefer returning to on-site operations as soon as possible, rather than dedicating a vast amount of time and money in the pre-contractual phase.

2. As a panacea for the overwhelming nature of drafting a construction contract from scratch, a number of standard forms has been published by international organizations, including, but not limited to, the Joint Contracts Tribunal (“**JCT**”), Royal Institute of British Architects

(“**RIBA**”), UK Institution of Civil Engineers (“**ICE**”), Engineering Advancement Association of Japan (“**ENAA**”) and Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (“**FIDIC**”), which is best translated into English as International Federation of Consulting Engineers.¹ Each construction project has in fact its own technical characteristics, and the border between the civil law and common law tradition is rather discernible. However, the fact that construction projects rely essentially on the same main principles facilitates the drafting of standard contracts. The prevalent use of such contracts throughout the industry already attests to countless advantages they provide,² but the following paragraph does lend itself only to a brief overview.

3. Generally speaking, using standard forms minimizes costs, subdues the length of contract drafting, and maximizes efficiency.³ Efficiency fuels the imagination of contracting parties and their representatives in the sense that focus may be placed on the development of creative mechanisms to bring the contract in line with the mandatory provisions of the governing law and technical specificities of the project at hand. It would otherwise not be possible if the contracts were written out of thin air. Standard contracts may further contribute to the establishment of mutual trust among contracting parties, given that they are drafted with an eye towards taking the interests of both parties into account in a more balanced manner, and that they cover almost all essential factors in the construction projects.⁴ Thanks to their intensive use for decades, finally, contracting parties may not only become so familiar with the contract terms that they easily comply with their obligations,⁵ but also benefit from settled case law to support their position in a wide variety of disputes.⁶

¹ Julian Bailey, *Construction Law* (2nd edn, Informa Law from Routledge 2016) 146-148.

² For an extensive analyses with regard to the benefits of using the standard contracts, see for instance: Kiran Giblin and Inga Hall, “‘If it isn’t broken...’: A practical guide to the effective use of standard forms of contract” (*K&L Gates Construction Law Blog*, 21 February 2019) <<https://www.klconstructionlawblog.com/2019/02/if-it-isnt-broken-a-practical-guide-to-the-effective-use-of-standard-forms-of-contract/>> accessed on 15 December 2021; Richard O. Davis, ‘Advantages of Standard Contract Forms’ (1986) 2(2) *Journal of Management in Engineering* 79; Zeynep Sözen, *FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi* (Legal 2015) 10.

³ Giblin and Hall (n 2).

⁴ *ibid*; Davis (n 2) 89.

⁵ Davis (n 2) 89.

⁶ Giblin and Hall (n 2).

4. Practitioners may find it hardly surprising that a multitude of claims is frequently raised during the course of construction projects. On the one hand, contractors may claim an extension of time for completion and/or an increase in the price of work via an additional payment. On the other hand, employers may claim an extension of time of the defects notification period and/or a decrease in the price of work via an additional payment.⁷ Depending on the contract administration strategy, these claims may easily turn into long-running disputes, which could hinder the smooth functioning of construction projects. In order to reduce the risk of claims transforming into potential disputes,⁸ a well-drafted contract, either based on the standard forms or drafted from scratch, should cover an effective claim procedure. Considering that the FIDIC contracts have presented themselves as the most chiefly used templates today,⁹ our research will be dedicated to the claim structure set up in those contracts.

5. Notification of a claim in a timely and duly manner is indicated in the FIDIC contracts as the first step of the claim procedure. Compliance with notice requirements is even reinforced by entitlements being contingent on proper notification, the laudable aim of which is to pave the way for ‘*communication*,’¹⁰ collaboration and ‘*commercial confidence*’¹¹ when managing the risks, rather than leading to a dead end ‘*through the artificial creation of procedural hurdles*.’¹² Contracting parties should, thus, feel confident that they equally enjoy the fruits of notice provisions,¹³ which is the first step toward compliance. Indeed, proper and timely notice of claims serves a pivotal function in putting ‘*the matter on a formal and*

⁷ See also, Lukas Klee, *International Construction Contract Law* (2nd edn, John Wiley & Sons 2018) 365; Gabriel Mulero Clas, ‘Clause 20: Employer’s and Contractor’s Claims’ (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 27 January 2018) <<https://www.corbett.co.uk/clause-20-employers-and-contractors-claims/>> accessed 15 December 2021.

⁸ Klee (n 7) 364.

⁹ Issaka Ndekugri, Peter Chapman, Nigel Smith and Will Hughes, ‘Best Practice in the Training, Appointment, and Remuneration of Members of Dispute Boards for Large Infrastructure Projects’ (2014) 30(2) *Journal of Management in Engineering* 185, 186.

¹⁰ Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers and Anthony Lavers, *FIDIC Contracts: Law and Practice* (Informa 2013) 302.

¹¹ Brian Clayton, ‘Can a Contractor Recover when Time-barred?’ (2005) *International Construction Law Review* 341, 343; Cristopher R Seppälä, ‘Contractor’s Claims Under the FIDIC Contracts for Major Works’ (2005) 21(4) *International Construction Law Review* 278, 295.

¹² Baker, Mellors, Chalmers and Lavers (n 10) 267.

¹³ Klee (n 7) 366.

*readily identifiable basis*¹⁴ and minimizing the risk of losing sight of claims in a massive amount of communication inputs. Such formal notice enables contracting parties to chip away at the so-called final account disputes and to assess claims efficiently and incrementally in tandem with construction processes¹⁵ when ‘*plant, manpower and witnesses are still on site.*’¹⁶ Otherwise, it would be nigh impossible to investigate the root cause for claims with little to no information as to the event or circumstance triggering the notice provision. As a final point, contracting parties become able to rein in project costs,¹⁷ and defensive mechanisms are provided to their arsenal in cases where the counterparty arbitrarily refuses their legitimate demands.¹⁸

6. Despite these benefits, disputes in the construction sector revolve around the issue of non-compliance with contract terms relating to the notice requirements.¹⁹ This is unlikely because the FIDIC contracts are adopted without contracting parties being aware of the legal implications of notice provisions. However, this is probably because contracting parties tend to engage in informal negotiation to maintain an amicable relationship with the counterparty, since it is deeply embedded in our culture that providing formal notice of claim may be construed as ‘*an aggressive act.*’²⁰ No matter the reason behind non-compliance with the notice requirements, a notice of claim is elevated to the status of condition precedent for employer’s and contractor’s claims, meaning that a failure to

¹⁴ *Jennings Construction Ltd v QH&M Birt Pty Ltd* [1986] 8 NSWLR 18, 24.

¹⁵ *Multiplex Constructions (UK) Ltd v Honeywell Control Systems Ltd (No. 2)* [2007] EWHC 447 (TCC), 103: ‘*Contractual terms requiring a Contractor to give prompt notice of delay serve a valuable purpose; such notice enables matters to be investigated while they are still current.*’

¹⁶ *Attorney General for the Falkland Islands v Gordon Forbes Construction (Falklands) Limited* [2003] BLR 280.

¹⁷ *Multiplex v. Honeywell* (n 15) 103: ‘*... such notice sometimes gives the Employer the opportunity to withdraw instructions when the financial consequences become apparent.*’

¹⁸ *Klee* (n 7) 366.

¹⁹ Michael Wilson, ‘The importance of timely and proper notice of a claim under a contract’ (*Nuts & Bolts Construction Law Blog*, 22 February 2018) <<https://www.greensfelder.com/nuts-bolts-construction-law-blog/importance-of-timely-and-proper-notice-of-claim-under-contract#page=1>> accessed 18 December 2021.

²⁰ The FIDIC Contracts Guide (FIDIC 2000) 88-89. See also, Wilson (n 19).

adhering to the notice requirements may result in forfeiture of claims.²¹ Furthermore, it is deeply ingrained in the common law system that courts respect the doctrine of freedom of contract, and thus notice of claim is upheld as sacrosanct.²² One may observe that even courts in the civil law system are reluctant to interfere with freedom of contract, despite their high degree of discretion, which is actually way more surprising. Under such conditions, any notice of claim must be validly served in tune with the contract between the parties, the law governing the contract, and the surrounding circumstances in question. A key question arises here regarding whether or not a notice has to strictly comply with the contractual requirements. Could contracting parties rely on voice or video chat recordings and assume that they duly informed the counterparty of their entitlement? What would be the legal consequences of sending the notice to the wrong mail address or through an e-mail? Would meeting minutes or time schedules recording a delay or cost amount to valid notices?

7. This article opens with general information regarding the FIDIC and its standard contracts (**A**). We observed that more has been written on the FIDIC contracts in relation to the common law system, and that there has been an abundant body of case law. In this sense, this article primarily aims to reflect on the key discussions within the common law and to meet the need for developing legal analysis on the claim procedure under the FIDIC contracts from a civil law perspective. From this point of view, the second part addresses the formalities and timescales set out in the FIDIC contracts for the valid service of claim notices, and then determines the legal nature of these notice provisions (**B**). Finally, we will evaluate in the third part the suitable legal tools for declaring such provisions unenforceable in common law, carry out the same analysis for civil law, and contrast the approaches in these two systems with each other (**C**).

²¹ Jeremy Glover, ‘Time bars in an international context’ (*Fenwick Elliott Annual Review* 2015/2016, 6 November 2015) <<https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2015/time-bars-international-context>> accessed 24 December 2021.

²² Antoine Smiley and Raesa Rawal, ‘Locked behind Time Bars’ (2018) *International Construction Law Review* 60, 62.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

A. THE FIDIC IN GENERAL AND ITS STANDARD CONTRACTS

8. The FIDIC was founded in 1913 by Belgium, France and Switzerland with the purpose of promoting the interests of consulting engineering firms.²³ In essence, the FIDIC has been known for its standard forms of the construction contract for use between employers and contractors, and all those forms are named as such by reference to the color of their cover under which they have been published.²⁴ The FIDIC contracts have extensively been employed on different types of projects, ranging from the construction of buildings such as hospitals, factories, hotels, shopping malls and schools, to the construction of more complex civil engineering works such as power plants, mines, tunnels, bridges, highways, railroads, stadiums and airports.²⁵ As such, the FIDIC contracts are the most commonly used templates in the world today, especially on large-scale construction projects.²⁶

9. The first FIDIC contract template dates back to 1957. From time to time, the FIDIC introduces new standard forms or revisits and updates the existing ones in light of the sector responses. In this sense, two major updates occurred in September 1999 and December 2017. Among the 1999 FIDIC Forms, the predominant use has always been on the side of the Red, Yellow and Silver Book, and thereby the practitioners in the construction realm are *au fait* with those forms more. This allowed them to discover some issues when applying the FIDIC forms to their construction projects, and the FIDIC, in turn, to revise the Red, Yellow and Silver Book in the first place in order to bring them into line with the expectations. Eventually, almost after eighteen years since the release of the 1999 FIDIC Forms, the FIDIC unveiled on 5 December 2017 the new editions of these three major forms in its standard forms of construction contract. The table below give a brief overview of the main FIDIC forms to date:

²³ For more information with regard to FIDIC, see for instance: <<http://fidic.org/about-fidic>> accessed 28 February 2019; Baker, Mellors, Chalmers and Lavers (n 10) 1.

²⁴ FIDIC Rainbow Suite ed.2017 - Second edition of the Red, Yellow & Silver Books (FIDIC 1 March 2018) 1, <http://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rainbow%20suite_2018_03_1.pdf> accessed 10 December 2021.

²⁵ See also, Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri (Adalet 1996) 9.

²⁶ Klee (n 7) 268; Micheal E. Schneider, 'A Typology of Risk Allocation – The Example of FIDIC Suite of Contracts' in Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel and Elliott Geisinger (eds), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı (On İki Levha 2020) 221.

MAIN FIDIC FORMS				
Pre-1999 FIDIC Forms	1999 FIDIC Forms	1999-2017 FIDIC Forms	2017 FIDIC Forms	Post-2017 FIDIC Forms
<ul style="list-style-type: none"> • (first published in 1957) Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition of 1987 with a supplement added in 1996 (“Red Book 1987”), • (first published in 1967) Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works including Erection on Site, Third Edition 1987 (“Yellow Book 1987”), and • Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey of 1995 (“Orange Book 1995”). 	<ul style="list-style-type: none"> • Conditions of Contract for Construction Building and Engineering Works Designed by the Employer (“Red Book 1999”), • Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor (“Yellow Book 1999”), • Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (“Silver Book 1999”), and • Short Form of Contract (“Green Book 1999”). 	<ul style="list-style-type: none"> • Conditions of Contracts for Design, Build and Operate Projects, First Edition 2008 (“Gold Book 2008”), • (first published in 2005) Conditions of Contract for Construction Multilateral Development Banks Harmonised Edition for Building and Engineering Works Designed by the Employer, Third Edition 2010 (“Pink Book 2010”). 	<ul style="list-style-type: none"> • Conditions of Contract for Construction, Second Edition 2017 (“Red Book 2017”), • Conditions of Contract for Plant and Design-Build, Second Edition 2017 (“Yellow Book 2017”), and • Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, Second Edition 2017 (“Silver Book 2017”). 	<ul style="list-style-type: none"> • Conditions of Contract for Underground Works of 7 May 2019 (“Emerald Book”), and • Short Form of Contract, Second Edition of January 2021 (“Green Book 2021”).

10. The FIDIC family of contracts have been caught on very quickly in the area of domestic and international construction law. However, they are

not incorporated into any national legal system.²⁷ The legal nature of the FIDIC contracts are just contract drafts. Hence, those rules will become binding upon the parties only if the parties refer to them, or insert them in the construction contracts or in the annexes to those contracts.²⁸ In principle, the users may either adopt the FIDIC rules as is or amend them by removing or updating certain parts.²⁹ With this in mind, the table below gives a brief overview of the areas of use of the Red Book, Yellow Book and Silver Book:³⁰

AREAS OF USE OF THE LEADING FORMS			
	Red Book	Yellow Book	Silver Book
Construction Works	It is applicable to any construction works where the employer carries out the design.	It is applicable to the provision of electrical and/or mechanical plant, and for the design and execution of building or engineering works.	It is for turnkey projects.
Design	It is used for the works mostly designed by the employer.	It is used for the works mostly designed by the contractor.	It is used for the works designed by the employer.
Project Administration	The engineer who is employed by the employer is responsible for the administration of the project.	The engineer who is employed by the employer is responsible for the administration of the project.	The employer or its representative is responsible for the administration of the project.
Payment Method	Parties agree the	Parties agree on a	Parties agree on a

²⁷ Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (2nd edn, Beta 2015) 543; Akıncı (n 26) 12.

²⁸ Nuray Ekşi, 'FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20 Maddeden Kaynaklanan Sorunlar' in Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel and Elliott Geisinger (eds), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (On İki Levha 2018) 61.

²⁹ İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri* (Yetkin 2013) 387.

³⁰ See also, S. Aslı Budak, 'Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri' in Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel and Elliott Geisinger (eds), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (On İki Levha 2018) 91.

	rates to be applied to the quantity of works. The employer takes the risk that the quantities it estimates will be accurate, and the contractor must ensure that its unit prices for the quantities are sufficient.	set price, so the contractor takes the risk of quantities.	set price.
Risk Allocation	Risk allocation is fair and balanced.	Risk allocation is fair and balanced.	This contractor puts enormous risk on the contractor, such as completion to time, cost and quality are transferred to the contractor, for which the employer would pay a premium.

11. Considering that out-of-hand and material modifications are annihilating the essential characteristics of the FIDIC's general conditions and jeopardizing its reputation, FIDIC released the first edition of the Golden Principles in 25 June 2019 ("**Golden Principles 2019**"),³¹ and identified five contractual principles which it considers to be '*inviolable and sacrosanct*.'³² The users should adhere to the Golden Principles 2019 when amending both the 1999 FIDIC Forms and 2017 FIDIC Forms.³³ However, those principles are not legally binding, meaning that non-compliance with them does not affect the validity of the contract by itself.³⁴ In fact, the Golden Principles 2019 is way too abstract but still essential in the sense of conveying the message to the drafters that the FIDIC values

³¹ For the full text of the FIDIC Golden Principles of 2019, see: <https://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_12.pdf> accessed 1 December 2021. For more information on the Golden Principles, see for instance: Victoria Tyson: 'FIDIC's Golden Principles – holding back the tide?' (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 10 March 2020) <<https://www.corbett.co.uk/fidics-golden-principles-holding-back-the-tide/>> accessed 1 December 2021.

³² FIDIC Golden Principles (n 31) 6.

³³ Tyson (n 31) 2.

³⁴ *ibid* 1.

evenly balanced contracts concluded between employers and contractors.³⁵ With this in mind, the following are the five principles articulated by the FIDIC.³⁶

THE GOLDEN PRINCIPLES 2019

Golden Principle 1:

The duties, rights, obligations, roles and responsibilities of all the contract participants must be generally as implied in the General Conditions, and appropriate to the requirements of the project.

Golden Principle 2:

The Particular Conditions must be drafted clearly and unambiguously.

Golden Principle 3:

The Particular Conditions must not change the balance of risk/reward allocation provided for in the General Conditions.

Golden Principle 4:

All time periods specified in the contract for contract participants to perform their obligations must be of reasonable duration.

Golden Principle 5:

Unless there is a conflict with the governing law of the contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.

12. Contracting parties may designate a choice of law clause *ex ante* in order to fill in the potential loopholes in the contract; otherwise, the governing law will be identified by courts under the conflicts of law rules. The governing law serves an essential function in determining the applicability of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“**CISG**”), depending on which country’s laws govern the contract and whether that country adopts the CISG. In this regard, an important question arises as to whether the CISG applies to the FIDIC forms of construction contracts. Generally speaking, construction contracts are perceived as service contracts in common law, while such contracts are treated as contracts for work in civil law.³⁷ Either way, the FIDIC forms are not subjected to the CISG, since the CISG’s scope is limited to

³⁵ *ibid* 4.

³⁶ FIDIC Golden Principles (n 31) 8.

³⁷ Ingeborg Schwenzer, Julian Ranetunge and Fernando Tafur, ‘Service Contracts and the CISG’ (2018) 10 *The Indian Journal of International Economic Law* 170, 178-179.

contracts (i) purely for the sale of moveable³⁸ goods and (ii) for the sale of moveable goods to be manufactured except for where the buyer provides a substantial part of the materials that is required for the manufacture, according to Arts. 1(1), 3(1), 3(2) of the CISG. However, the CISG is still a relevant instrument in the construction projects, given that it may be applicable to the supply contracts concluded with the subcontractors for construction materials or equipment.³⁹ If contracting parties wish to avoid the applicability of the CISG to the supply contracts when selecting the domestic law of CISG contracting states, they should insert a clause explicitly excluding the CISG.

13. The governing law may play several key roles other than determining the applicability of the CISG. Indeed, when any provision of the FIDIC contracts violates the mandatory rules of the governing law, then the relevant provision will be unenforceable.⁴⁰ Put in equivalent language, the FIDIC terms will be superseded by the mandatory provisions of the governing law. The governing law may also be determinative in contract interpretation. When contracting parties cannot agree on what a particular contract term means and courts engage in contract interpretation, civil law rules will require courts to interpret the FIDIC contracts in light of the common intentions of contracting parties at the time of the conclusion of the contract.⁴¹ However, courts will focus on how a reasonable person would interpret the contract at the time the conflict arises under the common law rules.⁴² Accordingly, due consideration should be given to which law will govern the FIDIC forms.

14. Returning to the 2017 amendments, FIDIC elucidated that such extensive amendments were introduced with strong ambitions for improving ‘*clarity, transparency and certainty*,’ integrating emerging international best practices into its contracts, minimizing issues that users

³⁸ Ingeborg Schwenzer and Pascal Hachem, ‘Article 1’ in Ingeborg Schwenzer (ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th ed., Oxford 2016), para. 16-17.

³⁹ See, Seung-Hyeon Kim, Mino Han and Umaer Khalil, ‘The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Manufacturing and Supply Contracts for International Construction Projects’ (2019) *International Construction Law Review* 352ff.

⁴⁰ Ekşi (n 29) 62-63.

⁴¹ Budak (n 30) 93; Sam Moss, ‘Swiss Law vs. English Law on Contract Interpretation: Is Swiss Law Better Suited to the Realities of International Construction Contracts’ (2015) *International Construction Law Review* 470, 486.

⁴² *ibid.*

have raised since the release of the 1999 FIDIC Forms, as well as preventing the enforceability of contract terms from being undermined by the surrounding circumstances or law of the specific jurisdiction.⁴³ Even the increase in the volume may indicate by itself that FIDIC went beyond merely adopting some cosmetic changes. For example, the Red Book 2017 consists of 106 pages as opposed to the Red Book 1999, which covers 62 pages. The Yellow Book 1999 and Silver Book 1999 have been similarly upgraded.

15. It is worth noting here that the 1999 FIDIC Forms are not replaced by the 2017 FIDIC Forms,⁴⁴ meaning that the 1999 FIDIC Forms may still be applied, as long as contracting parties desire to do so. In fact, the past four years after the release of the 2017 FIDIC Forms have indicated that the 1999 FIDIC Forms are still preferred more in practice than the 2017 FIDIC Forms.⁴⁵ We consider that this is not because the new versions are less successful than their predecessors, but because people tend to prefer the one they have been exposed to in the past, which is known as the mere exposure effect in psychology. We must also admit that the users may have found the 2017 FIDIC Forms daunting given that they are voluminous. This standpoint in practice even led some practitioners to develop strategies on how to benefit from the 2017 FIDIC Forms when adopting the 1999 FIDIC Forms.⁴⁶ Under the influence of such a trend, we will evaluate the notice requirements in the 1999 FIDIC Forms and 2017 FIDIC Forms together in the following section.

B. CLAIM NOTICES IN THE FIDIC CONTRACTS

16. Construction projects must be completed by a prescribed date and for an agreed money.⁴⁷ Time and money are so essential for the contracting parties that even a minor change may compound stress and dramatically

⁴³ FIDIC Rainbow Suite (n 25) 1.

⁴⁴ *ibid.*

⁴⁵ For practitioners who observe the same tendency in practice, see for instance: Natalie Wardle, 'FIDIC contracts – a preview of what is to come' (*The Practical Law Construction Blog*, 13 January 2021) <<http://constructionblog.practi callaw.com/fidic-contracts-a-preview-of-what-is-to-come/>> accessed 18 December 2021.

⁴⁶ Edward Corbett, 'Adding the Best Bits of FIDIC 2017 to the 1999 Forms' (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 29 October 2018) <<https://www.corbett.co.uk/cherry-picking-fidic-2017/>> accessed 11 December 2021.

⁴⁷ James Bremen and Leith Ben Ammar, 'Contractors' Claims, Remedies and Reliefs' (*Global Arbitration Review*, 12 December 2017) <<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1145221/contractors-claims-remedies-and-reliefs>> accessed 18 December 2021.

impact their ability to proceed with the project. During the long life of the project, on the contrary, their stress level is affected by various contingencies outside of their control, such as pandemic, war, exceptionally adverse climatic conditions, unforeseeable physical conditions, changes in laws, shortages of personnel or goods, inflation, and so on.⁴⁸ In order to provide some comfort to contracting parties, the FIDIC contracts contain some possible grounds, the occurrence of which triggers the right to claim for an extension of time or additional money, provided that they comply with the procedure set out in the relevant provision.⁴⁹

17. Claims are subject to different regimes for employers and contractors under the 1999 FIDIC Forms. Indeed, employer's claims are governed by Sub-Clause 2.5 [*Employer's Claims*] Sub-Clause 3.5 [*Determinations*], while contractor's claims are governed by Sub-Clause 20.1 [*Contractor's Claims*] under the 1999 FIDIC Forms. The divide between employer's and contractor's claims has been met with severe criticism, given that Sub-Clause 2.5 provides more flexibility for employers than Sub-Clause 20.1 does for contractors.⁵⁰ A stark difference stems from the fact that the 2017 FIDIC Forms place employer's claims on equal footing to contractor's claims by unifying the procedure under Sub-Clause 20 [*Employer's and Contractor's Claims*]. The rationale behind the dichotomy in the 1999 FIDIC Forms was based on the long-standing position in the construction sector that contractors should follow a stricter claim procedure to balance the leverage they gained over employers by managing the labor force when enforcing the claims.⁵¹ This stance has been reversed recently, and reflected in the 2017 FIDIC Forms. We are of the opinion that applying a single claim procedure to both parties is a strong feat,⁵² given that it is in line with the principle of the equality of arms.

18. Considering that claims for time and money are of paramount importance, the 2017 FIDIC Forms design two claim procedures and apply the strict one to such claims.⁵³ Indeed, the strict claim procedure is applicable to (i) the contractor's claim for an extension of time for

⁴⁸ Seppälä (n 11) 280-281.

⁴⁹ *ibid* 281; Bremen and Ammar (n 47).

⁵⁰ Jeremy Glover, 'FIDIC: an overview – The Latest Developments, Comparisons, Claims and Force Majeure' 67 (*FIDIC*, 17 Eylül 2017) <<https://bit.ly/3uUBaa4>> accessed 15 December 2021.

⁵¹ Klee (n 7) 366.

⁵² *ibid*.

⁵³ Mulero Clas (n 7) 1.

completion, (ii) the contractor's claim for an additional payment, (iii) the employer's claim for an extension of time of the defects notification period, and (iv) the employer's claim for an additional payment. Any other claim is subject to Sub-Clause 20.1(c) of the 2017 FIDIC Forms. Here, our focus will be on claims for time and money. Claim procedures set out in the 1999 FIDIC Forms and 2017 FIDIC Forms consist of the following steps: (i) notice of claim, (ii) a fully detailed claim, and (iii) the engineer's agreement or determination.⁵⁴

19. Notice requirement is an essential step of the claim procedures both under the 1999 FIDIC Forms and 2017 FIDIC Forms, and employers and contractors must give a claim notice promptly and in a specified form in compliance with Sub-Clauses 2.5 and 20.1 of the 1999 FIDIC Forms, and Sub-Clause 20 of the 2017 FIDIC Forms. If such provisions are enforceable under the governing law, then a failure to comply with the notice provision will result in a party losing its entitlement to time and money.

20. In this section, we will provide a brief overview of the content, form, timing and legal nature of claim notices; and determine the aspects where the strict divide between employer's and contractor's claims lies under the 1999 FIDIC Forms as well as the amendments introduced by the 2017 FIDIC Forms.

1. THE CONTENT OF NOTICES

21. Sub-Clause 2.5 does not explicitly require particulars to be delivered at the same time with claim notices, nor does it determine an express time period for service of particulars. Although the fact that Sub-Clause 2.5(2) of the 1999 FIDIC Forms excludes particulars when determining the timing of notices muddies the waters, civil law countries may benefit from this ambiguity to interpret the wording of Sub-Clause 2.5 so as to enable employers to serve particulars in a reasonable time. In fact, the FIDIC considers that particulars may be provided at any time, but excessive delay may indicate that employers will not proceed with the notified claim.⁵⁵ However, a contrasting approach was adopted in the *NH International* case where the court clearly stated that employer's claim notices must be served together with particulars.⁵⁶ As such, more detailed notifications may be required for employers to protect their claims in common law countries,

⁵⁴ *ibid.*

⁵⁵ The FIDIC Contracts Guide (n 20) 80.

⁵⁶ *NH International (Caribbean) Limited v National Insurance Property Development Company Limited* (Trinidad and Tobago) [2015] UKPC 37, 38.

since employer's notices must be accompanied by particulars. While notices may briefly introduce the event or circumstance triggering the claim, particulars must specify (i) the basis of claims in the sense of relevant clauses if the claim is relied on the contract, and (ii) a substantiation of the additional time or money to which employers consider themselves to be entitled.⁵⁷ Accordingly, employers should take this judgment into consideration, and ensure that they provide the particulars 'as soon as practicable' together with notifications of the claims; otherwise, the failure to comply with these requirements may result in the loss of employer's right to bring a claim.

22. This can be contrasted with the position under Sub-Clause 20.1 where more general notifications are often sufficient for contractors. Indeed, contractor's notices must solely set out 'the event or circumstance giving rise to the claim' under Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms. It is sufficient at this initial stage to give the notice in a 'bare' or 'short' letter⁵⁸ in order to preserve the claim, meaning that contractors may refrain not only from indicating the contractual basis of the claim⁵⁹ and the amount of time or payment requested,⁶⁰ but also from providing any document supporting their entitlement.⁶¹ This was confirmed in *Obrascon* where the court found that the contractor complied with Sub-Clause 20.1 by referring to the letter regarding rock encountered, which merely stated that '[i]n our opinion the excavation of all rock will entitle us to an extension of time...' without further substantiation.⁶²

When particulars must be provided is more straightforward for contractors than employers when focusing on the time frames in Sub-Clause 20.1. Contractors must give short notices within 28 days after they became aware or should have become aware of the event or circumstance giving rise to the claim.⁶³ They follow up their notices with 'a fully detailed claim which includes full supporting particulars of the basis of the claim and of the extension of time and/or additional payment claimed' within 42 days

⁵⁷ Sub-Clause 2.5(3) of the 1999 FIDIC Forms.

⁵⁸ Baker, Mellors, Chalmers and Lavers (n 10) 338; Seppälä (n 11) 291.

⁵⁹ The FIDIC Contracts Guide (n 20) 90-93.

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ Seppälä (n 11) 291.

⁶² *Obrascon Huarte Lain SA v Her Majesty's Attorney General for Gibraltar* [2014] EWHC 1028 (TCC) 315(a). See also, Adrian Bell and Natalie Hall, 'Employer Claims under FIDIC: Where Are We Now?' (*Turkish Commercial Law Review*, Winter 2016) <<http://the-tclr.org/employer-claims-fidic-now/>> accessed 15 December 2021.

⁶³ Sub-Clause 20.1(1) of the 1999 FIDIC Forms.

after they became aware or should have become aware of the event or circumstance giving rise to the claim.⁶⁴ The fact that both periods begin to run simultaneously leads us to conclude that contractors are not required to submit particulars together with short notices within 28 days, but benefit from an additional time to hammer the claim into its final form.

It follows that a failure of employers to serve particulars together with notices may imperil the right to bring a claim, whereas a failure of contractors is not fatal to their claims.⁶⁵

23. Generally speaking, the regime adopted under the 2017 FIDIC Forms follows in the footsteps of Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms. Indeed, employers and contractors must solely indicate the event or circumstance giving rise to the claim under Sub-Clause 20.2. This short notice must be given within 28 days after contracting parties became aware or should have become aware of the event or circumstance giving rise to the claim. After reserving the entitlement with short notice, contracting parties must submit their fully detailed claims which include full supporting particulars within 84 days after contracting parties became aware or should have become aware of the event or circumstance giving rise to the claim.⁶⁶ As such, contracting parties do not have to serve claim notices together with particulars. One of the remarkable amendments introduced by the 2017 FIDIC Forms is that the period for submitting a fully detailed claim has been extended from 42 days to 84 days.

2. THE FORM OF NOTICES

24. Both Sub-Clause 2.5 and Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms do not provide any particular formality for employer's and contractor's claim notices.⁶⁷ Since there is a loophole in the 1999 FIDIC Forms, we may resort to Sub-Clause 1.3 [*Communications*] as to the form of notices.⁶⁸ It follows that contracting parties enter the contract from equal positions in the sense that they must comply with the same formalities. According to Sub-Clause 1.3(1)(a) of the 1999 FIDIC Forms, notices must be given '*in writing*,' the meaning of which is demonstrated under Sub-Clause 1.2(1)(d) of the 1999 FIDIC Forms as '*hand-written, type-written, printed or electronically made, and resulting in a permanent record.*' Voice or video

⁶⁴ Sub-Clause 20.1(5) of the 1999 FIDIC Forms.

⁶⁵ Seppälä (n 11) 296.

⁶⁶ Sub-Clause 20.2(4)(i) of the 2017 FIDIC Forms.

⁶⁷ Regarding Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms, see: *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 313.

⁶⁸ The FIDIC Contracts Guide (n 20) 79, 299.

chat recordings of meetings where contracting parties effectively discuss the details of their claims do not constitute valid claim notices, and thereby it is still necessary to give written notice in order to reserve their claims.

25. Sub-Clause 1.3 of the 1999 FIDIC Forms is flexible enough to enable contracting parties to rely on any written record as a substitute for claim notices, such as informal letters, meeting minutes,⁶⁹ monthly progress reports⁷⁰ and programmes.⁷¹ Having been greatly influenced by the Gold Book 2008, the users have occasionally shut the door on relying on informal notices by amending Sub-Clause 1.3 of the 1999 FIDIC Forms in a way to require correspondence to label itself as a ‘notice’ and to refer to the clause under which it is provided.⁷² Furthermore, in the common law case of *Obrascon* where the contractor attempted to rely on a monthly progress report and a letter to prove its entitlement to an extension of time in relation to the exceptionally adverse weather, *Justice Akenhead* ruled that such records did not amount to notice *per se* under Sub-Clause 20.1 of the Yellow Book 1999. Indeed, the contractor never clearly stated that it was in delay and entitled to an extension of time because of the rain. The report merely expressed that the rain has ‘affected the works’⁷³ without referring to an actual delay, while the letter was regarding future delay over a new circumstance, namely the contamination as a result of the rain, although it was silent about the contractor’s actual delay arising out of the rain. Under these circumstances, the *Obrascon* judgment provides guidance regarding the form and content of notices, and states that notices must (i) be in writing, (ii) describe the event or circumstance giving rise to the claim, and (iii) ‘be recognisable as a claim.’⁷⁴

26. The issue in *Glen Water* was regarding whether the meeting minutes and the correspondences through which the underlying issues were discussed constitute a valid notice.⁷⁵ Thereupon, it must be pointed out that,

⁶⁹ Jeremy Glover, ‘Sub-Clause 20.1 – the FIDIC Time Bar under Common and Civil Law’ (*Fenwick Elliott*, 2015) <<https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-issues/sub-clause-fidic-time-bar>> accessed 24 December 2021.

⁷⁰ *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 315(b).

⁷¹ Ben Mellors, ‘FIDIC 2017’s enhanced contract management provisions’ (*Practical Law Construction Blog*, May 22, 2019) <<http://constructionblog.practicallaw.com/fidic-2017s-enhanced-contract-management-provisions/>> accessed 26 December 2021.

⁷² Glover (n 69).

⁷³ *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 315(b).

⁷⁴ *ibid* 313. See also, Glover (n 69).

⁷⁵ *Glen Water Ltd v Northern Ireland Water Ltd* [2017] NIQB 20. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı* (2022)

although this case did not concern the FIDIC contracts, it is still relevant, since the notification at issue was agreed to be a condition precedent.⁷⁶ Contracting parties entered into a PFI project agreement to carry out a sludge treatment services. The contract required the employer to maintain its existing sludge treatment assets during the construction phase. In case of a breach by the employer of its obligations, the contract granted the contractor the right to claim compensation, which was preconditioned on the contractor serving 21 days' notice of a compensation event. During the construction phase, the contractor issued several compensation event notifications, ranging from the notification on the new build cooling water system to the notification addressing concerns about the maintenance of the employer's existing assets. The contractor claimed that the employer had breached its obligations, which was said to be a compensation event. In response, the employer contended that the contractor's claim was barred due to lack of timely notice of the claim. The contractor, however, argued that timely notification had been provided by a letter, and the details of the claim had been provided in a meeting.

The court held that the claim was time-barred, since the letter and the minutes of meeting relied upon by the contractor did not constitute proper notification of claim. After noting that '*[a] notification should be clear and unambiguous,*'⁷⁷ it found that the letter at issue did not notify the claim in clear terms, since the meaning was not apparent from the wording of the letter nor from the context where the letter formed part of a chain of correspondence relating to another claim, namely, the contractor's cooling water system claims.⁷⁸ Indeed, the letter did not clearly state that it was a claim; instead, it merely referred to the claim event as a prospective future claim only. The court concluded that, although contracting parties had discussions as to a potential claim event, the formal notification of a claim in accordance with the contract is still required, since '*the fact that [a party] may anticipate that a compensation event may occur does not equate to notification of an actual compensation event.*'⁷⁹

27. This written notice is required to be properly (i) delivered by hand upon receipt, (ii) sent through mail or courier, or (iii) transmitted via the agreed systems of electronic transmission included in the appendix to

⁷⁶ *ibid* 55.

⁷⁷ *ibid* 56.

⁷⁸ *ibid* 57.

⁷⁹ *ibid* 64.

tender.⁸⁰ The address to which the notice must be served is the recipient's address indicated in the appendix to tender unless an address change is notified.⁸¹ Considering that the organizational structure may be relatively complex, contracting parties must pay heed to serve notices at the correct address; otherwise, notices may be deemed ineffective.⁸² The contracting party issuing the claim notice to the counterparty must furnish a copy to the engineer.⁸³ Both employer's and contractor's notices must be listed in the monthly progress reports.⁸⁴

28. In the common law case of *Obrascon*, the core issue was whether a termination notice served on a wrong address is valid, and a far more accommodating approach was adopted by the courts.⁸⁵ The contractor undertook the design and construction of a road and tunnel near and under a runway at Gibraltar airport under the Yellow Book 1999 edition with minor amendments. The contract was terminated by the employer, since the works were delayed for a variety of reasons. The notice of termination was delivered by hand to the contractor's site office in Gibraltar where it was signed by one of the contractor's employees. The notice was then dispatched promptly by the site office to the main office in Madrid. The contract in question, however, required all notices to be delivered by hand or sent by mail or courier to the contractor's Madrid office.

Justice Akenhead stated that he could see 'no reason why [Sub-Clause 20.1] should be construed strictly against the [c]ontractor and can see reason why it should be construed reasonably broadly, given its serious effect on what could otherwise be good claims for instance for breach of contract by the [e]mployer.'⁸⁶ As a result, the court refused to invalidate the notice depending on two reasons, which are that (i) correspondence had been frequently sent to the contractor's site office in Gibraltar without any objections from the contractor, and (ii) the project manager with a very substantial authority was based in site office in Gibraltar.⁸⁷

⁸⁰ Sub-Clause 1.3(1)(a) of the 1999 FIDIC Forms.

⁸¹ Sub-Clause 1.3(1)(b) of the 1999 FIDIC Forms.

⁸² *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 368.

⁸³ Sub-Clause 1.3(2) of the 1999 FIDIC Forms.

⁸⁴ Sub-Clause 4.21(f) of the 1999 FIDIC Forms.

⁸⁵ For more judgments adopting a flexible approach, see for instance: *Yates Building Co Ltd v Pulleyn & Sons* (York) Ltd [1975] 273 EG 183; *Goodwin & Sons v Fawcett* [1945] EG 186; *HOE International Ltd v Andersen* [2017] CSIH 9.

⁸⁶ *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 312.

⁸⁷ *ibid* 367.

29. Especially in the Covid-19 era, it would be meaningful to provide a short deliberation of whether claim notices may be sent via email or fax. Claim notices may be sent through email and fax both under the 1999 FIDIC Forms and 2017 FIDIC Forms, only if they are indicated in the appendix to tender or contract data.⁸⁸ In other words, a timeous notice served via email and fax may not preserve a claim if they are not included in the relevant document. This definition has been criticised, considering that especially email is now the most widely used mean of communication in the construction industry, and that it is hard to see any logic behind imposing the behavior of novice users in the sense of requiring contracting parties to print a notice saved through email and to send it by hand or through mail or courier.⁸⁹ We depart from this position by arguing that devices like smartphones and laptops are within arm's reach of contracting parties, and the FIDIC's practice may encourage contracting parties to think before incorporating such electronic means in the relevant document and thus reduce the influx of informal communication. Otherwise, it would be difficult if not impossible to discern claim notices. Accordingly, contracting parties should be careful about incorporating email and fax into the relevant document as proper ways to serve claim notices if they wish to use both the 1999 FIDIC Forms and 2017 FIDIC Forms.

30. Similar to the 1999 FIDIC Forms, there is a gap in Sub-Clause 20.2 of the 2017 FIDIC Forms as to the form of notices. While the 1999 FIDIC Forms does not include a definition for 'notice,' it is a defined term under Sub-Clause 1.1.56 of the 2017 FIDIC Forms, according to which a notice is '*a written communication identified as a Notice and issued in accordance with Sub-Clause 1.3 [Notices and Other Communications].*' Thus, employers and contractors must issue notices in accordance with Sub-Clause 1.3 of the 2017 FIDIC Forms. Although the end result is the same as the 1999 FIDIC Forms which also requires a notice to be issued in writing and in accordance with Sub-Clause 1.3 of the 1999 FIDIC Forms, inserting the definition of such an essential concept into the 2017 FIDIC Forms is still very much beneficial.

However, Sub-Clause 1.3 has been amended in such a way that claim notices under the 2017 FIDIC Forms are subject to more stringent requirements than they are under the 1999 FIDIC Forms. In order to be

⁸⁸ Baker, Mellors, Chalmers and Lavers (n 10) 303.

⁸⁹ Andrew Tweeddale and Nick Culatto, 'Clause 1' 18 (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 2016) <<http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Clause-1-1.pdf>> accessed 10 December 2021.

considered as a valid and effective claim notice under the 2017 FIDIC Forms, correspondence must be in writing,⁹⁰ expressly describe itself as a notice, and refer to the clause under which it has been given.⁹¹ It follows that new requirements prevent contracting parties from circumventing notice requirements by taking advantage of informal records to reserve their entitlements. Sub-Clause 8.3(6) of the 2017 FIDIC Forms explicitly states that contractors cannot base their claims on any programme or supporting report, but on proper and prompt notices. As such, a claim will expire, albeit over such informal records, as long as contracting parties do not effectively file a notice by the prescribed deadline according to Sub-Clause 20.2.1 of the 2017 FIDIC Forms.

31. Such rigid formalities incorporated in the 2017 FIDIC Forms are rooted in the wayward application and interpretation practices, an obvious example of which is the *Obrascon* judgment. On the one hand, new formal requirements are likely to create immense legal certainty as to whether a particular communication constitutes a notice. This outcome aligns with the FIDIC's aim of improving clarity and certainty in producing the 2017 FIDIC Forms. On the other hand, pushing civil law countries for greater formalism would backfire and undermine the enforceability of contract terms. This is the point where FIDIC actually contradicts itself. Indeed, new requirements are nothing but the source of additional issues as to whether formal flaws will be fatal to contracting parties' claims. Would it be fair if contracting parties lost the entitlement upon a comprehensive letter that only fails to describe itself as a notice or contain a reference to a specific clause of the contract? We will return to this question later in the last chapter.

3. THE TIMING OF NOTICES

3.1 Employer's Claim Notices under Sub-Clause 2.5 of the 1999 FIDIC Forms

32. Claim notices must be given '*as soon as practicable after the [e]mployer became aware of the event or circumstance giving rise to the claim.*'⁹² This provision does not specify a time period within which employers must serve their claim notices,⁹³ nor does it provide guidance on how to determine the meaning of '*as soon as practicable.*'⁹⁴ Furthermore, notices are not included in Sub-Clause 1.3(2) of the 1999 FIDIC Forms,

⁹⁰ Sub-Clause 1.3(1) of the 2017 FIDIC Forms.

⁹¹ Sub-Clause 1.3(1)(b) of the 2017 FIDIC Forms.

⁹² Sub-Clause 2.5(2) of the 1999 FIDIC Forms.

⁹³ The FIDIC Contracts Guide (n 20) 79.

⁹⁴ Bell and Hall (n 62).

which prohibits communications from being ‘*unreasonably withheld or delayed.*’⁹⁵ Employers must provide a notice regarding an extension of the defects notification period before such period expires;⁹⁶ otherwise, they cannot claim an extension under Sub-Clause 11.3.⁹⁷ According to Sub-Clause 11.3, it is not possible to extend a defects notification period ‘*by more than two years.*’

33. That Sub-Clause 2.5 does not specify a time period has drawn severe criticism from contractors. Indeed, contractors have interpreted the wording of Sub-Clause 2.5 as employers being able to submit claim notices whenever they wish, and argued that there could be no convincing reason behind requiring them to give claim notices within a prescribed period.⁹⁸ However, a prevailing opinion in the literature emphasizes that Sub-Clause 2.5 does not grant a long period to employers to notify their claims,⁹⁹ and the time frame is likely to be limited depending on the circumstances of each project.¹⁰⁰ In fact, the wording of Sub-Clause 2.5 is more suitable for civil law countries in the sense that the enforceability of notice provisions may be strengthened, but employers should ensure that claim notices are provided as soon as possible just to be on the safe side.

34. Sub-Clause 2.5 adopts only a subjective standard and focuses on whether employers have ‘*actual knowledge of the event or circumstance*’,¹⁰¹ in determining the starting point of the notification period. Since an additional objective standard is not included using, for example, a wording like ‘*should have become aware,*’ employers are not required to give notice before their actual knowledge even if the surrounding circumstances justify the fact that they would have become aware of the event or circumstance. Before turning to contractor’s claim notices under the 1999 FIDIC Forms, we may clarify that the lack of an objective standard allows greater flexibility to employers, given that contractors must give notices earlier following their constructive knowledge of the event or circumstance.¹⁰²

⁹⁵ Sub-Clause 1.3(2) of the 1999 FIDIC Forms: ‘*Approvals, certificates, consents and determinations shall not be unreasonably withheld or delayed. ...*’

⁹⁶ Sub-Clause 2.5(2) of the 1999 FIDIC Forms.

⁹⁷ The FIDIC Contracts Guide (n 20) 79.

⁹⁸ Bell and Hall (n 62).

⁹⁹ *ibid.*

¹⁰⁰ Jeremy Glover, ‘Employer claims under the FIDIC form’ (*International Quarterly by Fenwick Elliott LLP*, 2015) <http://www.fenwickelliott.co.uk/sites/default/files/issue_015_-_iq_2015.pdf> accessed 24 December 2021.

¹⁰¹ Baker, Mellors, Chalmers and Lavers (n 10) 338.

¹⁰² *ibid* 320.

3.2 Contractor's Claim Notices under Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms

35. Contractors must serve claim notices '*as soon as practicable*' within a maximum of 28 days commencing on the date when contractors '*became aware, or should have become aware, of the event or circumstance*' triggering the claim.¹⁰³ In this regard, one noteworthy difference between employer's and contractor's claim notices in the 1999 FIDIC Forms lies in the time period adopted for the service of such notices. While both Sub-Clause 2.5 and Sub-Clause 20.1 requires claim notices to be given '*as soon as practicable*,' Sub-Clause 2.5 does not introduce a specified time period for employers to serve their claim notices. However, Sub-Clause 20.1 explicitly imposes a 28-day period on contractors.

36. Given that the stricter time requirements imposed on contractors have the potential to create a severe risk of losing the entitlement, it is of essence to pinpoint precisely when the 28-day term will commence. When the wording of Sub-Clause 20.1 is carefully analyzed, one may consider that there are three options to be evaluated, which are as follows: (i) the stage when the event or circumstance triggering the claim occurs, (ii) the stage when contractors become aware or should have become aware of the event or circumstance, or (iii) the stage when contractors consider themselves to be entitled to an extension of time and/or additional payment as a result of that event or circumstance.¹⁰⁴ For the purpose of protecting the contractor's entitlement, judges and arbitrators in any jurisdiction should take a more flexible approach by providing a standard to require contractors to give claim notices at the later stage as much as possible.¹⁰⁵

37. Fortunately, *Justice Akenhead* refused to apply a strict line in the landmark common law judgment of *Obrascon*, which indicated a strong tendency to protect contractors in identifying the starting point of the 28-day period. This case was regarding an extension of time claim, and the court read Sub-Clause 20.1 together with Sub-Clause 8.4 of the 1999 FIDIC Forms, the relevant part of which states that contractors are entitled to an extension of time for completion '*if and to the extent that completion ... is*

¹⁰³ Sub-Clause 20.1(1) of the 1999 FIDIC Forms.

¹⁰⁴ The FIDIC Contracts Guide (n 20) 312; Axel-Volkmar Jaeger and Gotz-Sebastian Hok, FIDIC-A Guide for Practitioners (Springer 2010) 374; KJ Park, 'Claim Notice: When Should the Contractor Notify?' (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 24 May 2016) <<https://corbett.co.uk/claim-notice-by-when-should-the-contractor-notify-2/>> accessed 9 December 2021.

¹⁰⁵ Baker, Mellors, Chalmers and Lavers (n 10) 319. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

*or will be delayed ...*¹⁰⁶ As such, contractors can give claim notices for an extension of time for completion within the period of 28 days, which starts to run at the time (i) when it is evident that a delay will occur, or (ii) when the delay has started to be incurred.¹⁰⁷

38. Before *Obrascon*, the traditional position was that the wording ‘*event or circumstance*’ in Sub-Clause 20.1 should be interpreted as including ‘*suffering of delay or incurring of cost*’ as Baker/Mellors/Chalmers/Lavers stated by relying on Sub-Clause 2.1 in the Red Book 1999; however, the 28-day time period would start to run when contractors were aware or should have been aware of the potential delay or cost.¹⁰⁸ Justice Akenhead disavowed this traditional interpretation requiring contractors to notify both ‘*actual and potential delay events*,’¹⁰⁹ and the absence of a wording like ‘*is or will be delayed, whichever is the earliest*’¹¹⁰ led him to conclude that it is left to the discretion of contractors to notify at either point.¹¹¹ Accordingly, contractors can give notice at an earlier stage if they reasonably believe that there will be a delay; however, the 28-day time period only starts to run when there is an actual delay in the sense that the time bar will operate to disentitle contractors from claiming.¹¹² It is worth noting here that the *Obrascon* judgment may be regarding an extension of time claim, but the same logic is applicable to an additional payment claim in the sense that contractors may defer the

¹⁰⁶ Sub-Clause 8.4 of the 1999 FIDIC Forms (emphasis added). *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 312.

¹⁰⁷ *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 312.

¹⁰⁸ Baker, Mellors, Chalmers and Lavers (n 10) 319. Sub-Clause 2.1(3) of the Red Book 1999: ‘*If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of a failure by the Employer to give any such right or possession within such time, the Contractor shall give notice to the Engineer and shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractor’s Claims] to: ...*’

¹⁰⁹ David Robertson, ‘When must a contractor give notice of an entitlement under FIDIC’s condition precedent clause?’ (*The Practical Law Construction Blog*, 17 June 2014) <<http://constructionblog.practicallaw.com/when-must-a-contractor-give-notice-of-an-entitlement-under-fidics-condition-precedent-clause/>> accessed 28 December 2021.

¹¹⁰ *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 312 (emphasis added).

¹¹¹ Park (n 104); Mike R. Steward and Camilla A. de Moraes, ‘FIDIC Update: Clarity on Notice Provisions and Time Bars’ (*K&L Gates Construction Law Blog*, 19 May 2014) <<https://www.klconstructionlawblog.com/2014/05/fidic-up-date-clarity-on-notice-provisions-and-time-bars/>> accessed 9 December 2021.

¹¹² Park (n 104).

submission of claim notices to the point at which the cost has started to be incurred.¹¹³

39. To illustrate, in *Obrascon*,¹¹⁴ the background to the dispute was a project for a tunnel and dual carriageway. A variation instruction was issued in June to widen a part of the dual carriageway. Even though it was foreseeable at that time that the variation would extend the period for constructing the dual carriageway, it was not foreseeable that it would delay the overall works. It became clear after the dual carriageway was started in October that the overall works would be delayed by variation; however, the delay actually happened in November. *Justice Akenhead* held that the contractor was entitled to an extension of time when it was clear that delays would happen (October) or when delays happened (November); however, the 28-day period started to run from November.

40. As long as contracting parties do not amend the FIDIC contracts in a way to require contractors to give notice at an earlier stage, contractors may benefit from a greater flexibility so as to wait until they actually suffer delay or incur cost to give their claim notices by relying on the *Obrascon* judgment.¹¹⁵ We even consider that this ruling may inspire civil law countries when providing some comfort to contractors. However, the question arises with regard to whether contractors are able to refrain from giving notice until they actually suffer delay or incur cost although it is clear at an earlier stage that they will suffer delay or they will incur cost. Arguably, knowing that delay or cost will occur but waiting until it has actually been incurred runs contrary to Sub-Clause 20.1, which requires notice to be given ‘*as soon as practicable.*’ In addition, avoiding notice and thus deferring the 28-day time period to run contradicts Sub-Clause 1.3 of the 2017 FIDIC Forms, which introduces the requirement that all notices shall ‘*not be unreasonably withheld or delayed.*’ As such, contractors should not assume that the *Obrascon* judgment will justify their late submission in any case.

¹¹³ *ibid.*

¹¹⁴ For this analysis, see, *Obrascon v Gibraltar* (n 62) 312.

¹¹⁵ Park (n 104); David Thomas, ‘Time-bars Revisited’ (*Construction Law International*, December 2014) <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=9199af06-e541-4c36-a1a7-a5ad4de00c81#10>> accessed 11 December 2021.
YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

3.3 Claim Notices under Sub-Clause 20.2 of the 2017 FIDIC Forms

41. The wording in Sub-Clause 20.2.1 of the 2017 FIDIC Forms is identical to Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms. Indeed, contracting parties must serve claim notices '*as soon as practicable*' within a maximum of 28 days commencing on the date when they '*became aware, or should have become aware, of the event or circumstance*' triggering the claim. As such, the discussions as to contractor's claim notices under Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms, including the *Obrascon* judgment, are still relevant when adopting the 2017 FIDIC Forms.

42. As a final *caveat*, contracting parties are not required under the 1999 FIDIC Forms to respond to claim notices other than providing receipt under Sub-Clause 1.3(a),¹¹⁶ and the absence of such rebuttal should not constitute agreement.¹¹⁷ However, under Sub-Clause 20.2(2) of the 2017 FIDIC Forms, contracting parties must give counter notice including reasons within 14 days after receiving claim notices only if they consider there is a delay in serving claim notices. Otherwise, late claim notices will be deemed to be valid.¹¹⁸ Upon receiving counter notice, the claiming party must indicate justifications for its late service of claim notices in the fully detailed claim,¹¹⁹ which will be submitted to the employer's representative within the period of 84 days '*after the claiming [p]arty became aware, or should have become aware, of the event or circumstance giving rise to the [c]laim.*'¹²⁰ Subsequent to receiving a fully detailed claim, the employer's representative may proceed in accordance with belated claim notices if circumstances justify the late submission.¹²¹ When approving the late submission, the employer's representative may take the following into account: (i) whether approving belated claim notices would have any detrimental effect on the receiving party and (ii) whether the receiving party has already known the event triggering the claim before the service of belated claim notices.¹²² This discretion somewhat softens the strict application of the time bar of 28 days. Nevertheless, contracting parties should ensure that they comply with the requirements of Sub-Clause 20.2.1

¹¹⁶ The FIDIC Contracts Guide (n 20) 79-80.

¹¹⁷ *ibid* 80.

¹¹⁸ Sub-Clause 20.2.2(2) of the 2017 FIDIC Forms.

¹¹⁹ Sub-Clause 20.2.2(3) of the 2017 FIDIC Forms.

¹²⁰ Sub-Clause 20.2.4 of the 2017 FIDIC Forms.

¹²¹ Sub-Clause 20.2.5 of the 2017 FIDIC Forms.

¹²² *ibid*.

by giving timely notice of claims, irrespective of jurisdiction, in order to avoid any uncertainty.

43. Contracting parties are not obliged to respond to claim notices in cases where the claiming party fails to comply with the requirements as to the content and form of notices, and silence on the part of the receiving party should not be taken as an indication of agreement. It is worth noting here that the enforceability of this provision, namely requiring the receiving party to respond to claim notices within 14 days, might be undermined in civil law countries, given that circumstances may justify the silence or late submission of counter notices.

4. THE LEGAL NATURE OF CLAIM NOTICES

4.1 The Common Law Perspective

44. Courts and arbitrators in common law countries engage in an essential intellectual activity when dispelling the darkness hanging over the legal nature of the notice requirements, since the condition precedent label put on the notice requirements constitutes a benefit to only one party and an outright detriment to the other.¹²³ Here, we will first explain the criteria a notice provision needs to fulfill to be considered as a condition precedent,¹²⁴ and then evaluate the legal nature of the notice requirements under the 1999 FIDIC Forms and 2017 FIDIC Forms according to the relevant criteria.

45. A condition precedent is a contractual stipulation, the fulfillment of which triggers a right or obligation to arise.¹²⁵ A gold standard is derived from *Bremer Handelgesellschaft*, and a notice provision will be construed as a condition precedent in common law jurisdictions, if (i) it prescribes a specific time frame within which the notice is to be provided, and (ii) it clearly states that the rights will be lost in the event that notice is not provided within that time frame.¹²⁶ Considering its harsh effect, common law courts and arbitrators tend to apply greater weight to ‘*clear [terms] and commercial certainty*’¹²⁷ and refrain from labeling a notice requirement as a

¹²³ *Steria Ltd v Sigma Wireless Communications Ltd* [2007] EWHC 3454 (TCC) 89.

¹²⁴ For further information: see, Claire King and Rebecca Ardagh, ‘Conditions Precedent: Will they bite?’ (*Fenwick Elliott*, June 2020) <<https://www.fenwickelliott.com/research-insight/newsletters/insight/86>> accessed 19 December 2021.

¹²⁵ Bailey (n 1) 164.

¹²⁶ *Bremer Handelgesellschaft mbH v. Vanden Avenne Izegem P.V.B.A* [1978] 2 LLR 109: ‘Had it been a condition precedent, I should have expected the clause to state the precise time within which the notice was to be served and to have made plain by express language that unless the notice was served within the time, the sellers would lose their rights under the clause.’

¹²⁷ *Glen Water v Northern Ireland Water* (n 75) 64.
YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

condition precedent until a clear language is used.¹²⁸ As long as the contract explicitly states that the failure to duly notify prevents a claim being made, the outcome will not change depending on whether contracting parties ‘leave no stone unturned’ in pursuing their claim.¹²⁹ However, ‘genuine ambiguity’ as to the existence of a condition precedent will lead us to accept that there is a condition precedent.¹³⁰

46. The wording of the contract should be evaluated very carefully when determining whether the legal nature of a notice provision is a condition precedent. We may assume that a notice provision is a condition precedent as long as the wording of the contract is clear enough to indicate the intention of contracting parties to establish ‘a conditional link’¹³¹ when interpreted as a whole.¹³² In this sense, a notice provision does not have to carry the specific labels like ‘condition’¹³³ or ‘condition precedent’¹³⁴ as long as it is clear that the right or obligation is contingent on the satisfaction of the specific conditions.¹³⁵ Again, ‘subject to’¹³⁶ may operate as a condition precedent.¹³⁷ Although we mentioned that there are two prerequisites for a condition precedent to exist in light of *Bremer Handelgesellschaft*, the common law courts and arbitrators may tend to be overzealous in enforcing condition precedents. Indeed, the courts in *Jetoil* and *Steria* held that the clauses requiring notice to be provided promptly¹³⁸

¹²⁸ Stephen Furst, Vivian Ramsey, Sarah Hannaford, Adrian Williamson, Donald Keating and John Uff, *Keating on Construction Contracts* (Sweet & Maxwell 2012) 286. See also, *Temloc v Errill Properties* [1987] 39 BLR 30; *CMA Assets Pty Ltd v John Holland Pty Ltd* [No. 6] [2015] WASC 217.

¹²⁹ *Glen Water v Northern Ireland Water* (n 75).

¹³⁰ *Steria v Sigma Wireless* (n 123) 89.

¹³¹ *Aspen Insurance UK Ltd v Pectel Ltd* [2009] 2 All ER (Comm) 873.

¹³² *Scottish Power UK Plc v BP Exploration Operating Co Ltd* [2016] 1 All E.R. (Comm) 536.

¹³³ *Schuler (LG) AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235.

¹³⁴ *Eagle Star Insurance Company Ltd v Cresswell & Ors* [2004] EWCA Civ 602; *O’Brien v TTT Moneycorp Ltd* [2019] EWHC 1491.

¹³⁵ *King and Ardagh* (n 124) 1.

¹³⁶ *Heritage Oil And Gas Ltd & Anor v Tullow Uganda Ltd* [2014] EWCA Civ 1048.

¹³⁷ *King and Ardagh* (n 124) 1.

¹³⁸ *Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Company SA & Anor v Okta Crude Oil Refinery AD* [2002] EWHC 2210 (Comm) 134: ‘I would have been inclined to hold that notice provision in the 1993 contract is a condition precedent. The form of the notice provision is imperative; a party “invoking force majeure shall give prompt notice to the other party”. The implication behind that imperative is that if the party does not then it cannot rely on force majeure. The reason for requiring notice to be given must be that the “other party”

YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

or ‘*within a reasonable period*’¹³⁹ may be specific enough to be treated as a condition precedent, and it is not necessary to insert an express wording regarding the consequences of failure to comply with the notice requirements. However, in *Bremer Handelgesellschaft*, the court concluded that the notice clause did not constitute a condition precedent, since the time frame for serving notice was not fixed. Here, the definitive fact was that a fixed time limit was introduced elsewhere in the contract. As such, the contract should be evaluated as a whole in determining whether the intention of contracting parties is to form a conditional link.¹⁴⁰

4.1.1 *Employer’s Claim Notices under Sub-Clause 2.5 of the 1999 FIDIC Forms*

47. Sub-Clause 2.5 does not specify any sanction if employers fail to give claim notices to contractors promptly and in a particularized form. As such, the question arises as to whether employer’s claims are subject to a condition precedent, and thus whether employers are precluded from requesting payment and/or extension of the defects notification period from contractors in cases where claim notices are not given in accordance with Sub-Clause 2.5. Having regard to the different wording used in Sub-Clause

can then investigate the alleged force majeure at the time. It can challenge whether it does prevent performance or delay in performance by the party invoking force majeure. Alternatively it can see if there are other means of enabling performance to be continued. Lastly, if the notice provision is only an innominate term, then I find it difficult to see when the innocent party could allege it had suffered additional damage as a result of not being told promptly of the force majeure event other than the very damages that it would wish to recover for the first party’s failure to perform the contract at all. These factors would all lead me to conclude that the parties intended the notice provision to be a condition precedent.’

¹³⁹ *Steria v Sigma Wireless* (n 123) 90: ‘... the fact that there may be scope for argument in an individual case as to whether or not a notice was given within a **reasonable period is not** in itself any reason for arguing that it is **unclear in its meaning and intent.**’ (emphasis added); *Steria v Sigma Wireless* (n 123) 91: ‘... a notification requirement may, and in this case does, operate as a condition precedent even though it does not contain an express warning as to the consequence of non-compliance. It is true that in many cases ... careful drafters will include such an express statement, in order to put the matter beyond doubt. It does not however follow, in my opinion, that a clause ... which makes it clear in ordinary language that the right to an extension of time is conditional on notification being given should not be treated as a condition precedent. This is an individually negotiated sub-contract between two substantial and experienced companies, and I would be loathe to hold that a clearly worded requirement fails due to the absence of legal ‘boilerplate.’’ (emphasis added).

¹⁴⁰ *Davy Offshore Ltd v Emerald Field Contracting Ltd* (1992) 55 BLR 1; *King and Ardagh* (n 124) 1.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

20.1, which explicitly states that any claim to time or money will be lost if contractors fail to give claim notices promptly and in a specified form, the stance has generally been in the literature that employer claims would not be subject to a condition precedent.¹⁴¹ As mentioned earlier,¹⁴² the writers holding this opinion probably interprets the contract as a whole and considers the absence of the sanction as an indication that the drafters do not have an intention to create a conditional link.

48. In this regard, *NH International* and *J Murphy*¹⁴³ shed some light on the nature of Sub-Clause 2.5.¹⁴⁴ However, divergent positions have been adopted on whether employers are precluded from making claims against contractors if the formal requirements in Sub-Clause 2.5 have not been satisfied.¹⁴⁵

49. In the English case of *NH International*, one of the issues was whether employers are precluded from bringing a claim if they have not served a notice in accordance with Sub-Clause 2.5.¹⁴⁶ The court held that employer's claims might also be subject to condition precedent even if a different wording is used in the 1999 FIDIC Forms.¹⁴⁷

Contracting parties adopted the unamended 1999 Red Book for the construction of a hospital in Tobago.¹⁴⁸ The contractor made a request from the employer to submit the financial arrangements under Sub-Clause 2.4¹⁴⁹ proving its ability to pay the contract price, and the parties fell into dispute as to whether the employer had submitted sufficient evidence.¹⁵⁰ Depending

¹⁴¹ Glover (n 100); William Godwin, *International Construction Contracts: A Handbook with commentary on the FIDIC design-build forms* (Wiley-Blackwell 2013) 38.

¹⁴² See, 4.1.

¹⁴³ *J Murphy & Sons Ltd v. Beekton Energy Ltd* [2016] EWHC 607 (TCC).

¹⁴⁴ Bell and Hall (n 62).

¹⁴⁵ *ibid.*

¹⁴⁶ *NH International v National Insurance Property* (n 56) 36ff.

¹⁴⁷ Glover (n 100).

¹⁴⁸ *NH International v National Insurance Property* (n 56) 1, 4.

¹⁴⁹ Sub-Clause 2.4 of the Red Book 1999 [*Employer's Financial Arrangements*] states that: 'The Employer shall submit, within 28 days after receiving any request from the Contractor, reasonable evidence that financial arrangements have been made and are being maintained which will enable the Employer to pay the Contract Price ... in accordance with Clause 14 [Contract Price and Payment]. ...' Sub-Clause 2.4 of the Yellow Book 1999 and Silver Book 1999 contains the same requirement. Sub-Clause 14 sets out the contract price and procedure for payment, including provisions for interim certificates and a final certificate, referred to as '*Payment Certificates*.'

¹⁵⁰ *NH International v National Insurance Property* (n 56) 10-16.

on Sub-Clause 16,¹⁵¹ the contractor first suspended the works,¹⁵² and eventually terminated the contract due to non-compliance with Sub-Clause 2.4.¹⁵³ Relying on Sub-Clause 16.4(c),¹⁵⁴ the contractor claimed its financial losses arising out of the termination of the contract.¹⁵⁵ In response to the contractor's claim for such losses, the employer submitted various counter-claims in the arbitration proceedings, and sought to set-off its own claims against the contractor.¹⁵⁶ However, these counter-claims had not been notified in accordance with Sub-Clause 2.5 at any stage subsequent to the conclusion of the contract. Accordingly, the contractor alleged that it had heard of the counter-claims for the first time during the arbitration proceedings, and that Sub-Clause 2.5 barred any set-off by the employer.¹⁵⁷

An employer's attempt to set-off its claims against a contractor during the course of an arbitration were banned, because the employer had not followed the formal notice requirements in Sub-Clause 2.5.¹⁵⁸ The arbitrator determined that the contractor was entitled to terminate the contract as a result of the employer's failure to provide reasonable evidence as to its financial arrangements to cover the contract price.¹⁵⁹ In appeal, the court disagreed with the arbitrator's finding, and made it clear that if an employer wants to raise a claim it must do so promptly and in a particularized form.

¹⁵¹ Sub-Clause 16.1 of the Red Book 1999 [*Contractor's Entitlement to Suspend Work*] gives the contractor a right to suspend work (or reduce the rate of work), by giving 21 days' notice, in the event of the employer's failure to provide such reasonable evidence. Sub-Clause 16.2 of the Red Book 1999 [*Termination by Contractor*] gives the contractor a right to terminate the contract if it has not received such reasonable evidence within 42 days of exercising its right of suspension for such failure. Sub-Clause 16.3 of the Red Book 1999 [*Cessation of Work and Removal of Contractor's Equipment*] provides that the contractor should cease all work and leave the site on termination under Sub-Clause 16.2. The Yellow Book 1999 and Silver Book 1999 provide the same suspension and termination rights to contractors.

¹⁵² NH International v National Insurance Property (n 56) 12.

¹⁵³ *ibid* 14.

¹⁵⁴ Sub-Clause 16.4 of the Red Book 1999 [*Payment on Termination*] entitled the contractor to be paid 'the amount of any loss of profit or other loss or damage sustained by the [c]ontractor as a result of the termination' after a notice of termination under Sub-Clause 16.2 of the Red Book 1999 [*Termination by Contractor*] has taken effect.

¹⁵⁵ NH International v National Insurance Property (n 56) 15.

¹⁵⁶ *ibid* 16-19.

¹⁵⁷ *ibid* 36.

¹⁵⁸ *ibid*.

¹⁵⁹ *ibid* 18.

If followed,¹⁶⁰ the stance in *NH International* maintains parity between employers and contractors in the sense that their right to bring claims may be equally subject to condition precedent, when the 1999 FIDIC Forms does govern the relationship between contracting parties.¹⁶¹

50. On the other hand, the issue in the English case of *J Murphy* was regarding whether the employer's right to deduct delay damages was subject to compliance with the procedure under Sub-Clause 2.5, and a negative answer was given by the court.

In this case, contracting parties adopted the 1999 Yellow Book with substantial amendments for the design, construction, testing and commissioning of a combined heat and intelligent power plant in East London. There was a significant delay in the progress and completion of the works. The employer notified the contractor first of its entitlement to delay damages with express reference to Sub-Clause 2.5, and then of its intention to make a call on the contractor's on-demand performance bond for its failure to pay the delay damages within 30 days pursuant to the amended Sub-Clause 8.7. However, the contractor claimed that the employer was not entitled to delay damages under the amended Sub-Clause 8.7, since there had been no agreement or determination of the amount to be paid to the employer as required by Sub-Clauses 2.5 and 3.5. In fact, Sub-Clause 8.7 allowed for the employer to recover delay damages from the contractor in certain circumstances. While Sub-Clauses 2.5 and 3.5¹⁶² remained the same, the parties substantially amended Sub-Clause 8.7, and deleted the terms that the obligation to pay delay damages be subject to Sub-Clause 2.5. In other words, the amended Sub-Clause 8.7¹⁶³ made no mention of the process of

¹⁶⁰ See, 4.1.3.

¹⁶¹ Bell and Hall (n 62).

¹⁶² Sub-Clause 3.5 of the Yellow Book 1999 [*Determinations*] states that: '*Whenever these Conditions provide that the Engineer shall proceed in accordance with this Sub-Clause 3.5 to agree or determine any matter, the Engineer shall consult with each Party in an endeavour to reach agreement. If agreement is not achieved, the Engineer shall make a fair determination in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances.*'

¹⁶³ The unamended Sub-Clause 8.7 [*Delay Damages*] of the Yellow Book 1999 states that: '*If the Contractor fails to comply with Sub-Clause 8.2 [Time for Completion], the Contractor shall subject to Sub-Clause 2.5 [Employer's Claims] pay delay damages to the Employer for this default.*'

The amended Sub-Clause 8.7 [*Delay Damages and Bonus*] in this case stated that:

"8.7.1 If the Contractor fails to:

a) achieve the ROC Accreditation Milestone by the ROC Accreditation Date the Contractor shall pay or allow to the Employer liquidated damages for such delay at the daily rate of
YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

agreement or determination by which the amount of damages was to be fixed between the parties in accordance with Sub-Clauses 2.5 and 3.5. As such, it was necessary for the court to address the inconsistency between Sub-Clauses 2.5 and 3.5 on the one hand and Sub-Clause 8.7 on the other as to the requirement for an agreement or determination of damages, and accordingly to decide whether the employer could recover delay damages from the contractor under Sub-Clause 8.7.

The contractor relied on the *NH International* judgment, and claimed that Sub-Clause 2.5 must apply, given that Sub-Clause 2.5 was very widely drafted so as to include any claim for payment for delay damages under Sub-Clause 8.7, and that Sub-Clause 8.7 is not listed as one of the limited exceptions to Sub-Clause 2.5. The contractor also emphasized the fact that the employer had notified of its entitlement to delay damages with express reference to Sub-Clause 2.5. Moreover, it argued that the contract provided checks and balances through the role of the engineer, and one would expect there to be clear words if its provisions were to be outside of the regime in Sub-Clause 2.5. On the other hand, the employer relied on Sub-Clause 8.7, and asserted that the obligation to pay delay damages arose independently of Sub-Clauses 2.5 and 3.5, and was not therefore contingent on the engineer's determination. It further claimed that the court should take into consideration the fact that Sub-Clause 8.7 was drafted specifically by the parties whereas Sub-Clause 2.5 was unamended from the Yellow Book 1999. Besides, the absence of the words '*subject to Sub-Clause 2.5*' in Sub-Clause 8.7 of the standard Yellow Book 1999 suggested that the parties did not intend for their Sub-Clause 8.7 to be subject to Sub-Clauses 2.5 and 3.5.

The court stated that agreements should be '*read as a whole and construed as far as possible to avoid inconsistencies between different parts*

£4,000 for each day commencing from the ROC Accreditation Date until the earlier of the achievement of i) the ROC Accreditation Milestone or ii) 31 March 2015; and
b) achieve the ROC Accreditation Milestone by the ROC Eligibility Change Date the Contractor shall pay or allow to the Employer a Bullet Payment; and
c) achieve the Taking-Over Date for the Works within the Time for Completion, the Contractor shall pay or allow to the Employer liquidated damages for delay. Such liquidated damages shall be payable at the daily rate of £23,000 for each day after the Time for Completion for the Works up to and including the Taking-Over Date for the Works
 ...

8.7.4 Delay damages due pursuant to this Sub-Clause 8.7 shall be deducted from the next applicable Notified Sum following the end of the month in which such delay occurred or where no such Notified Sum is applicable or is disputed, shall be payable within 30 days of the end of the week in which such delay occurred."

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

on the assumption that the parties had intended to express their intentions in a coherent and consistent way.¹⁶⁴ The court acknowledged that Sub-Clause 2.5 was widely drafted, and was applicable in all cases in which the employer was entitled to payment under the FIDIC contract terms, subject to the exceptions set out in Sub-Clause 2.5 (which did not include Sub-Clause 8.7).¹⁶⁵ However, it interpreted the fact that the words ‘subject to Sub-Clause 2.5’ had been deleted from Sub-Clause 8.7 of the standard Yellow Book 1999 as indicative of the parties’ intentions that Sub-Clause 2.5 was not meant to apply.¹⁶⁶ The court concluded that the employer’s right to claim delay damages under Sub-Clause 8.7 was not subject to the mechanism in Sub-Clauses 2.5 and 3.5, meaning that the employer could recover delay damages without an agreement or determination by the engineer.

51. Considering the significance of Sub-Clause 2.5, the restrictive approach adopted in *NH International* should be followed by courts.¹⁶⁷ Having been inspired by the case of *Jetoil*, we observe that the form of Sub-Clause 2.5 is ‘imperative,’ and the logic behind requiring notice is generally enabling the contracting parties investigating the event or circumstances.¹⁶⁸ Therefore, we believe that Sub-Clause 2.5 is a condition precedent and the failure to comply with the notice requirements will invalidate the claim.

4.1.2 Contractor’s Claim Notices under Sub-Clause 20.1 of the 1999 FIDIC Forms

52. An aspect which notably distinguishes contractor’s claims from employer’s claims is that Sub-Clause 20.1(2) does expressly specify the consequences of contractors’ failure to give claim notices to employers promptly and in a particularized form. Indeed, in cases where contractors do fail to comply with the notice requirements, they will not receive an extension of time and/or additional payment, and employers will be discharged from all liability in connection with an otherwise valid claim. Accordingly, Sub-Clause 20.1 is a well-drafted provision, the legal nature of which is a condition precedent.¹⁶⁹

53. Let us leave aside for an instant the issue regarding to what extent this formal notice provision is enforceable especially in civil law countries.

¹⁶⁴ *Murphy v Beckton* (n 143) 43.

¹⁶⁵ *ibid* 45-46.

¹⁶⁶ *ibid* 48.

¹⁶⁷ *Bell and Hall* (n 62).

¹⁶⁸ *Jetoil* (n 138) 134.

¹⁶⁹ *Baker, Mellors, Chalmers and Lavers* (n 10) 320, 6.220.

Considering that the silence of Sub-Clause 2.5 as to the consequence of employer's failure to give timely and proper claim notices has sparked a bitter controversy among scholars, we highly appreciate the FIDIC's clear position in drafting Sub-Clause 20.1 in a way to make contractor's claims be subject to a condition precedent.

4.1.3 Claim Notices under Sub-Clause 20.2 of the 2017 FIDIC Forms

54. Sub-Clause 20.2.1 of the 2017 FIDIC Forms regulates the consequence of failure to comply with notice requirements in a comprehensive way, and states that, should contracting parties fail to give claim notices promptly within a fixed time and in a particularized form, they will not receive an extension of time and/or any additional payment, as well as the other party will be discharged from all liability in connection with the claim. Accordingly, the 2017 FIDIC Forms are remarkable for making employer's claims subject to a similar condition precedent to that imposed upon contractors, and thus providing a level playing field between employers and contractors. The contracting parties here should be cautious to consistently amend the clauses in the 2017 FIDIC Forms introducing a condition precedent in order to prevent courts from engaging in contract interpretation to identify their intention as to the legal nature of the relevant notice provisions.

55. With regard to employer's claim notice in the 1999 FIDIC Forms, although Sub-Clause 2.5 of the 1999 FIDIC Forms does not clearly specify the consequence of employers' failure to give claim notices to contractors promptly and in a particularized form, some practitioners considered that there was no need to make any amendments to this clause in the light of *NH International* where the court already confirmed that the right of employers and contractors to bring claims under the FIDIC forms of contracts may both be subject to certain condition precedent.¹⁷⁰ However, we believe that it is pertinent to reflect the position in *NH International* to the FIDIC contracts in the sense that it ends the debates in the literature as to the legal nature of employer's claim notice, and provides certainty and clarity.

C. LEGAL ARGUMENTS TO DEFEAT THE NOTICE REQUIREMENTS

56. To what extent claim provisions in the FIDIC contracts are enforceable depends on the law applicable to the contract. Almost invariably, courts and arbitrators in common law countries attach paramount

¹⁷⁰ Glover (n 100).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

importance to the fundamental tenet of freedom of contract, and shied away from interfering with contracting parties' will.¹⁷¹ As such, one may assume that the contractual notice requirements are strictly enforced in common law countries. In this sense, a flexible approach has emerged in common law countries in 2014 subsequent to the judgment of *Obrascon*, which may allow a notice to be served at a later date or in a different form, considering the potentially harsh effects of notice requirements. Even though this judgment has been regarded as a precursor for a softened approach to spread across common law countries, the importance of a proper and prompt notification of claims was reinforced in 2017 in *Glen Water*, where a strict compliance with 'clear and unambiguous' notice provisions was required without leaving the door open for them to rely on employers' constructive or even actual knowledge of a potential claim event to avoid the notification duties.¹⁷²

As such, a properly drafted notice provision is enforceable as a condition precedent in common law jurisdictions however difficult and unconscionable the outcome might be.¹⁷³ Furthermore, a party invoking the condition precedent does not need to show that it has been prejudiced by the breach, at all.¹⁷⁴ Considering that common law countries harken back to the traditional approach, employers and contractors are advised to comply with the contractual notice requirements.

57. Likewise, the primacy of express terms and the freedom of contract are at the heart of the civil law of contract. As such, contracting parties may be required to adhere to the notice requirements in the FIDIC contracts in the absence of any special circumstance. Nonetheless, it is conceivable in civil law countries to limit the principle of freedom of contract by way of

¹⁷¹ Smiley and Rawal (n 22) 60-62.

¹⁷² For more judgments adopting a strict approach, see for instance: *Eriksson v Whalley* [1971] 1 NSWLR 397; *Central Provident Fund Board v Ho Bock Kee* [1980-1981] SLR 180; [1981] SGCA 4; *West Dunbartonshire Council v William Thompson & Sons (Dumbarton) Ltd* [2015] CSIH 93; *John L. Haley v Dumfries & Galloway Regional Council* [1988] 39 GWD 1599; *Ben Cleuch Estates Ltd v Scottish Enterprise* [2008] CSIH 1.

¹⁷³ Andrew Tweeddale, 'FIDIC's clause 20 a common law view' (*Construction Law International*, 1 June 2006) <<http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/FIDIC-Clause-20-a-common-law-view.pdf>> accessed 1 December 2021; Smiley and Rawal (n 22) 60-62. See for example, *City Inn Limited v Shepherd Construction Limited* [2003] CILL 2009; *WW Gear Construction Ltd v McGee Group Ltd* [2010] EWHC 1460 (TCC); *Obrascon v Gibraltar* (n 62); *Steria v Sigma Wireless* (n 123).

¹⁷⁴ *Pioneer Concrete (UK) Ltd v National Employers Mutual General Insurance Association Ltd* [1985] 1 LLR 274.

grounds for legislative and judicial interventions.¹⁷⁵ That is to say, a failure to comply strictly with the contractual notice requirements may not necessarily invalidate a claim for money and/or time on the basis of arguments available under the governing civil law.

58. This section will carve out the legal arguments which are typically deployed by contracting parties with the aim of rebutting a condition precedent defence, and conclude that civil law jurisdictions may have a potential to adopt a more lenient approach than common law jurisdictions precisely when discretion is used efficiently.¹⁷⁶

1. THE LEGAL NATURE OF THE 28-DAY PERIOD: LIMITATION PERIOD OR STATUTE OF REPOSE?

59. Broadly speaking, in order to determine whether a time-bar provision is enforceable or not in civil law countries, one should evaluate the following questions under the governing civil law: (i) whether a limitation period (*Verjährung*, *zamanaşımı*) is established by the governing law for construction claims, (ii) whether this limitation period can be varied by contract, and (iii) whether a limitation period can be converted into a statute of repose (*Verwirkungsfristen*, *hak düşürücü süre*) by contract. At this point, we reach an excellent opportunity to elaborate a little more on these questions through the examples of Turkey, Poland, Italy and the United Arab Emirates, respectively.

60. The Turkish Court of Cassation disregarded its ample discretion in several judgments. By giving very little legal reasoning, it confirmed that the FIDIC notice provisions are valid and the legal nature of the 28-day period is a statute of repose.¹⁷⁷ We would expect the court to determine the ambit of the Turkish law in detail and to fortify its stance with solid legal analysis, the starting point of which should have been the definition at least of a statute of repose. Here we will fill the gaps in these judgments as much as possible.

61. A statute of repose is defined in the literature as follows: a specified period imposed by law until the end of which the right holders have to

¹⁷⁵ For more information about freedom of contract and its limitations in Turkish law, see: Erdem Büyüksağış, ‘Turkish Contract Law Reform: Standard Terms, Unforeseen Circumstances, and Judicial Intervention’ (2016) 17(3) *European Business Organization Law Review* 423-449.

¹⁷⁶ Glover (n 21); Smiley and Rawal (n 22) 68.

¹⁷⁷ Turkish Court of Cassation 15th Civil Chamber, E. 2001/5595, K. 2002/3931, T. 17.09.2002; Turkish Court of Cassation 15th Civil Chamber, E. 2000/4429, K. 2001/1032, T. 26.02.2001.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

perform a particular act (such as, declaring their intent, filing a lawsuit or performing a legal act like inspecting the goods and notifying the defects in sales contracts); otherwise, they will lose their rights.¹⁷⁸ On the other hand, a limitation period is an upper bound by which a right can be claimed.¹⁷⁹ Unlike a statute of repose, the expiry of a limitation period does not cut off the right itself; however, it equips the counterparties with a defense to abstain indefinitely from performing their obligation.¹⁸⁰ In determining whether there is a statute of repose or a limitation period, the wording and *ratio legis* of the provision should be evaluated very carefully.¹⁸¹ Unless this evaluation requires us to adopt otherwise, we may assume that formative rights are subject to a statute of repose, while receivable rights are subject to a limitation period.¹⁸²

62. Arts. 479-486 of the Turkish Code of Obligations No: 6098, which are devoted to contracts for work, require contracting parties to give notice either of the defects or of other circumstances endangering the work to be carried out as required or on time. Those notice provisions are so superficial that they do not specify any particular form and content for the defect notices. Furthermore, language regulating the timing of such notices is inconsistent and somewhat vague, considering that notices must be issued ‘*immediately*’¹⁸³ for the defects in site and construction materials provided by the employer, ‘*within a reasonable time*’¹⁸⁴ after the inspection for the

¹⁷⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (Filiz 2017) 51, N. 12; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993) 1032; Rona Serozan: *Medeni Hukuk Genel Bölüm* (Vedat 2005) 207; Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (On İki Levha 2010) 25; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (17th edn, Vedat 2019) 619, N. 1902.

¹⁷⁹ Oğuzman and Öz (n 178) 619, N. 1903.

¹⁸⁰ *ibid.*

¹⁸¹ *ibid* 620, N. 1905.

¹⁸² *ibid*; Kocayusufpaşaoğlu (n 178) 52-53, N. 13.

¹⁸³ Art. 472/III of the Turkish Code of Obligations: “*If it is found when the work being carried out that the material or the place provided by the employer is defective, or that another circumstance arises endangering the production of the work as required or on time; the contractor shall immediately notify the employer of this circumstance; otherwise, be responsible for the consequences.*”

¹⁸⁴ Art. 474/I of the Turkish Code of Obligations: “*The employer shall inspect the work in due course subsequent to the delivery of the work, and if there are defects, notify the contractor of the defects within a reasonable time.*”

defects in the work, and ‘without delay’¹⁸⁵ for the defects in the work discovered later until the acceptance. Unless a defect notification period is specified in the contract, courts will decide the accurate meaning of the applicable standard on a case-by-case basis in light of the good faith principle.

63. Apart from notification of the defects, no claim is contingent upon providing notice within a certain period under the Turkish Code of Obligations No: 6098. In fact, there is no explicit provision in the Turkish Code of Obligations No: 6098 granting contractors a claim for an extension of time for completion¹⁸⁶ and requiring them to give notice for such claims. When it comes to an additional payment, contracting parties are entitled to claim their receivables within the limitation period of ten years as a rule but of five years in case of gross negligence of contractors under Art.s 146, 147(6) of the Turkish Code of Obligations No: 6098, respectively. It is not possible under Art. 148 of the Turkish Code of Obligations No: 6098 to deviate from those limitations by contract.

64. Since the notice provisions in the FIDIC contracts clearly state that the claiming party will not be entitled to additional time or money, one may instinctively consider that the legal nature of the 28-day period is a statute of repose in Turkish law. However, there is no consensus in the literature regarding whether a statute of repose may be foreseen by contract, and the majority considers that a contractual statute of repose is not valid.¹⁸⁷ Since the Court of Cassation did not encapsulate its reasoning, we cannot know whether it did not concur with the majority of the scholars or whether it just overlooked this opinion.

65. In Poland, there has been a consensus among the lower instance courts until 23 March 2017 that the notice provisions in the FIDIC contracts are unenforceable.¹⁸⁸ However, their reasoning was slightly different. Some

¹⁸⁵ Art. 477/III of the Turkish Code of Obligations: “If the defect in the work emerges later, the employer shall notify the contractor of the circumstance without delay; otherwise, the work shall be deemed to be accepted.”

¹⁸⁶ H Ercüment Erdem, ‘Türk Hukuku ve FIDIC Kapsamında Ek Süre’ (*Erdem & Erdem Hukuk Postası*, April 2009) <<http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turk-hukuku-ve-fidic-kapsaminda-ek-sure/>> accessed 1 December 2021.

¹⁸⁷ Erdem (n 178) 31.

¹⁸⁸ For more information, see: Monika Leszko, ‘Notification of Claims - The Deadline and the Effects of its Expiry - Some Considerations on the Basis of the 1999 and 2017 Versions of the FIDIC Conditions of Contract’ (*DLA Piper Publications*, 1 June 2018) <[https://www.dlapiper.com/pl/poland/insights/publications/2018/07/new-fidic-conditions-](https://www.dlapiper.com/pl/poland/insights/publications/2018/07/new-fidic-conditions-YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022))

of them have considered the 28-day notification period as shortening the limitation period; however, Art. 118 of the Polish Civil Code determines the limitation period for construction claims to be three years from the event or circumstance, and such period cannot be modified by contract according to Art. 119 of the Polish Civil Code.¹⁸⁹ The rest has characterized the 28-day notification period as a statute of repose, which cannot be introduced in contracts according to the majority of the scholars.¹⁹⁰ However, the Supreme Court deviated from these rulings and decided (in case no: V CSK 449/16) on 23 March 2017 that the notification period in FIDIC contracts is a statute of repose and such a period can be introduced in contracts.¹⁹¹ In other words, a notification period of 28 days in the FIDIC contracts is valid and enforceable under Polish law.

66. There is an explicit provision in Art. 2965 of the Italian Civil Code (*Codice Civile*) stating that, any contractually imposed time limits which makes it excessively difficult for a party to exercise the right under a contract are invalid. This provision may be a ground for the Italian judges to declare that the 28-day period in the FIDIC family is onerously short and that the notice provision is invalid.¹⁹² We believe that, even in civil law countries where there is no such an explicit provision, the judges may still render a judgment in the same way as in the Italian Civil Code on the basis of the principles of good faith and unlawful exercise of rights.

67. A contractual time-bar provision may be regarded as the modification of the limitation period, from which contracting parties cannot deviate in some jurisdictions. In those jurisdictions, a claiming party may argue that a time-bar provision that contravenes the civil code is unenforceable. For example, Art. 487(1) of the UAE Civil Code provides that limitation periods cannot be modified by contract.¹⁹³

of-contract-for-construction-polish-perspective/> accessed 9 December 2021; Dominika Jędrzejczyk, 'Sub-clause 20.1 of the FIDIC Under Polish Law - Is It an Enforceable Time Bar?' (*K&L Gates Construction Law Blog*, 16 March 2018) <<https://www.klconstructionlawblog.com/2018/03/sub-clause-20-1-of-the-fidic-under-polish-law-is-it-an-enforceable-time-bar/>> accessed 9 December 2021.

¹⁸⁹ *ibid.*

¹⁹⁰ *ibid.*

¹⁹¹ *ibid.*

¹⁹² See also, Smiley and Rawal (n 22) 69.

¹⁹³ For other civil codes containing identical provisions, see for example: Art. 354 of the Oman Civil Code, Art. 418 of the Qatar Civil Code, Art. 453 of the Kuwait Civil Code, and Art. 380 of the Bahrain Civil Code.

2. BREACH OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH

68. The first and maybe the most fearsome argument available in civil law jurisdictions is the breach of the good faith obligation. The good faith principle allows courts the room to maneuver to determine ‘*standards of fair and honest behavior*.’¹⁹⁴ According to Art. 2 of the Turkish Civil Code No. 4721, for example, all persons must act in good faith when exercising their rights and performing their obligations, and the manifest misuse of a right is not protected by law.¹⁹⁵

69. In view of this obligation, a party who receives a belated or inaccurate notification of a claim under the FIDIC contracts may not rely upon non-compliance with the notice requirements in cases where it is acting in bad faith. For instance, if a party receiving a belated notification is already aware of the circumstances of which the other party is required to give notice, invoking a time bar may be seen as acting in bad faith.¹⁹⁶ Likewise, an employer may not rely on a time bar provision if it causes delay to the completion of the works by its own breach. Indeed, employers may cause delay when they instruct the contractor to perform additional works, suspend the works, fail to give access to site or to issue approvals or drawings on time.¹⁹⁷

3. THE PREVENTION PRINCIPLE

70. Since common law courts are reluctant to take advantage of the ‘*overriding*’¹⁹⁸ good faith principle, freedom of contract prevails over this principle.¹⁹⁹ However, there may be some other ‘*piecemeal*’²⁰⁰ instruments

¹⁹⁴ Hans-Bernd Schäfer and Hüseyin Can Aksoy, ‘Good Faith’ (2015) Encyclopedia of Law and Economics 1, 1.

¹⁹⁵ See for example, (i) ‘Treu and Glauben’ in § 157 and § 242 of the German Civil Code, (ii) ‘Bonne Foi’ in Art. 1134 of the French Civil Code (*Code Civil*), (iii) ‘Redelijkheid en Billijkheid’ in Art. 6:248 of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*), (iv) Art. 246(1) of the UAE Civil Code, and (v) §1-304 of the Uniform Commercial Code of the United States.

¹⁹⁶ Glover (n 50) 106.

¹⁹⁷ Peter Godwin, Dominic Roughton, David Gilmore and Emma Kratochvilova, ‘The prevention principle, time at large and extension of time clauses’ (*Herbert Smith Construction dispute avoidance newsletter*, 21 August 2009) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=09e90e60-fa47-411b-813d-0e3c6427f836>> accessed 24 December 2021.

¹⁹⁸ *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] Q.B. 433; [1988] 1 All ER 348, 353.

¹⁹⁹ Smiley and Rawal (n 22) 68; Alexander Di Stefano: ‘Good Faith in the AS11000: Has the Eagle Landed?’ (2017) 33 Building and Construction Law Journal 13, 14. See also, Marilyn Warren, ‘Good Faith: Where Are We At?’ (2010) 34 (1) Melbourne University *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı* (2022)

available in certain circumstances so as to set the tone for fairness, for example, where the delay is caused by the employer. Indeed, the so-called prevention principle may constitute an impediment to the enforcement of a contractual obligation of the contracting party who prevents the counter party from performing its obligations,²⁰¹ the basis of which is the principle that no one is entitled to benefit from its own breach of contract.²⁰² The relevance of the prevention principle is observed where employers preclude contractors from completing the work by the date for completion and the contract does not contain a provision granting an extension of time for an employer-caused delay.²⁰³ In this case, the prevention principle serves the function of rendering the contractual completion date ‘*at large*,’ meaning that contractors have a reasonable time to complete the works and employers wholly lose their entitlement to recover damages arising out of the delay.²⁰⁴ Obviously, the prevention principle offers a solution on all or none basis.

71. It is important to note that Sub-Clause 8.4(e)²⁰⁵ of the 1999 FIDIC Forms and Sub-Clause 8.5(c) of the 2017 FIDIC Forms enable contractors to seek an extension of time for an employer-caused delay, provided that they adhere to the notice requirements. Considering that the legal nature of claim notices is a condition precedent to the contractor’s right to claim an extension of time, the question arises here regarding whether employers will retain their right to claim damages for an employer-caused delay, in case where contractors are deprived of their right to claim an extension of time because of the failure to serve a Sub-Clause 20.1 notice.²⁰⁶ In the Australian case of *Gaymark*,²⁰⁷ ‘*the prevention principle took precedence over the notification provisions, notwithstanding the fact that such provisions had clearly been drafted as a condition precedent.*’²⁰⁸ As such, the prevention

Law Review 344, 50 suggesting that ‘*the implication of an obligation of good faith in a contract might be seen to fly in the face of freedom in contractual relations.*’

²⁰⁰ *Interfoto v Stiletto* (n 198) 353.

²⁰¹ *Godwin, Roughton, Gilmore and Kratochvilova* (n 197).

²⁰² Garry Kitt, ‘Construction Claims in the UK’ in Lukas Klee (ed), *International Construction Contract Law* (2nd edn, John Wiley & Sons 2018) 381.

²⁰³ *Smiley and Rawal* (n 22) 65.

²⁰⁴ *Peak Construction (Liverpool) Ltd v McKinney Foundations Ltd* [1970] 1 BLR 111.

²⁰⁵ Sub-Clause 8.4(c) in the Silver Book 1999.

²⁰⁶ *Kitt* (n 202) 382; *Tweeddale* (n 173) 28.

²⁰⁷ *Gaymark Investments Pty Ltd v Walter Construction Group Ltd* [1999] NTSC 143, 69-71.

²⁰⁸ *Kitt* (n 202) 382.

principle presented an impediment to the employer's claim for delay damages based on its own delays, and the contractor was not deprived of their right to claim for an extension of time in spite of their failure to serve a valid notice. However, contractors should be aware that *Gaymark* has been highly criticised both by commentators and judges in other common law countries.²⁰⁹ Against this backdrop, *Ian Duncan* asserted that '*Gaymark is in error ... a hard case, not for the first time, may have produced bad law.*'²¹⁰ Also, in the English case of *Multiplex*, *Justice Jackson* explained his doubt as to whether *Gaymark* judgment represented the law in England, by stating that '*[i]f Gaymark is good law, then a contractor could disregard with impunity any provision making proper notice a condition precedent. At his option the contractor could set the time at large.*'²¹¹

72. The modern position in common law countries is that the failure of contractors to serve a notice for an extension of time in respect of employers' preventing conduct is fatal to the contractors' argument of '*time at large.*'²¹² As such, it is evident that the argument of '*time at large*' is rarely successful,²¹³ and thus contractors are not able to set time at large by intentionally serving a defective notice by taking advantage of an employer-caused delay. Conversely, the failure to issue a notice for an employer-caused delay could have a catastrophic impact on contractors.

73. Before proceeding to the next legal instrument, it is worth noting here that employers prefer in practice to hinder the application of the prevention principle by inserting a provision which enables employers to unilaterally extend time.²¹⁴ In the literature, one commentator considers that

²⁰⁹ Kitt (n 202) 382.

²¹⁰ Ian D Wallace, 'Prevention and Liquidated Damages: A Theory Too Far?' (2002) 18 *Building and Construction Law* 82, 87. See also, Tweeddale (n 173) 29; Hamish Lal, 'The Rise and Rise of Time-Bar Clauses: The Real Issue for Construction Arbitrators' (2007) *International Construction Law Review* 118. For a contrasting view defending the reasoning in *Gaymark*, see for instance: Doug Jones, 'Can Prevention be Cured by Time Bars?' (2009) 26 *International Construction Law Review* 57.

²¹¹ *Multiplex v Honeywell* (n 15) 95-105. See also, *Steria v Sigma Wireless* (n 123); *Spiers Earthworks Pty Ltd v Landtec Projects Corp Pty Ltd* (No 2) (2012) 287 ALR 360, 62.

²¹² *Turner Corporation Ltd v Austotel Pty Ltd* (1994) 13 BCL 374, 384-85; *Turner Corporation Ltd v Co-ordinated Industries Pty Ltd* (1995) 11 BCL 202.

²¹³ Jennifer Varley, 'Time to change "time at large"?' (*The Practical Law Construction Blog*, 27 August 2014) <<http://constructionblog.practicallaw.com/time-to-change-time-at-large/>> accessed 7 December 2021.

²¹⁴ Katrina Mae, 'Preventing Improper Liability for Delay but not Preventing Disputes: Re-thinking the Implications of the Prevention Principle in Australia and Abroad' (2019) *International Construction Law Review* 24; Smiley and Rawal (n 22) 65-66.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

this solution is actually the source of an additional problem given that negotiations on the independence and impartiality of contract administrators may escalate into debates; and thus suggest that courts should determine the length of the extension of time and the date for completion of work and calculate the amount of damages according to that date.²¹⁵

4. UNLAWFUL EXERCISE OF RIGHTS

74. The second argument, which may be employed in civil law countries, is an '*unlawful exercise of rights*.'²¹⁶ For instance, the exercise of rights are prohibited under Art. 106(2)(c) of the United Arab Emirates Civil Code '*if the interests desired are disproportionate to the harm that will be suffered by the other party*.'²¹⁷ In this sense, an employer's reliance on a purely technical breach of a contractor may constitute an unlawful exercise of rights depending on the surrounding circumstances.²¹⁸ Especially where a notice of a substantial claim is served slightly late without any prejudice being suffered by the other party, reliance on the time bar would be unlawful.²¹⁹

5. JUDICIAL CONTROL ON THE STANDARD CONTRACT TERMS

75. Contracting parties may be able to resort to the judicial control mechanism applicable to standard contract terms in civil law jurisdictions and to challenge the validity of a claim provision.²²⁰ Generally speaking, contract terms may justify the judges to intervene if those terms are preformulated unilaterally by one of the contracting parties for several contracts to be concluded in the future.²²¹ We believe that even if the restrictive language like '*terms drafted by one of the contracting parties*' is interpolated into any governing law when defining standard contract terms, it should be interpreted broadly so as to encompass the terms drafted by the third parties, such as lawyers, consultants, occupational organisations, and

²¹⁵ Mae (n 214).

²¹⁶ See for example, Art. 106 of the UAE Civil Code.

²¹⁷ See also, Art. 249 of the UAE Civil Code prohibiting the parties from exercising their rights in an oppressive or abusive manner.

²¹⁸ Glover (n 21).

²¹⁹ Smiley and Rawal (n 22) 69.

²²⁰ For the same opinion, see: Budak (n 30) 95; Claus H. Lenz, 'Procedures for Contractors' and Employers' Claims and Pitfalls - In Particular under FIDIC Contracts' in Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süznel and Elliott Geisinger (eds), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları (On İki Levha 2018)* 242-243.

²²¹ See for example, §305 of the German Civil Code, Art. 20 of the Turkish Code of Obligations.

so on.²²² More specifically, judicial review for standard contract terms should also apply to the FIDIC family of contract templates, although they are drafted by an independent organisation rather than contracting parties.

76. As such, one should analyze whether there are provisions regulating standard contract terms in the codes of the governing civil law, and determine the scope of application of the relevant codes. This task may become very challenging especially in the countries where the provisions on standard contract terms are dispersed throughout several laws and where there exist loopholes or vague expressions undermining the purview of the law. By way of illustration, we will give a detailed account especially of Turkish legislation and determine the controversies regarding personal and material scope of application of the legislation on standard contract terms. As a starting point of this analysis, we would like to remind the reader that both parties to the FIDIC forms are merchants. Therefore, our analysis will specifically focus on the extent of the judicial review of the contract terms presented to merchants.

77. In Turkey, for example, the practitioners are confronted with several codes including provisions on standard contract terms, such as the Bank Cards and Credit Cards Law No: 5464²²³ (+ Regulation on Bank Cards and Credit Cards²²⁴), Consumer Protection Law No: 6502,²²⁵ Art. 55(f) of the Turkish Code of Commerce No: 6102 and Art. 20-25 of the Turkish Code of Obligations No: 6098. One may consider that Art. 20-25 of the Turkish Code of Obligations No: 6098, as a general provision, should be applicable to both merchants and non-merchants. However, there is a doctrinal debate regarding whether the control mechanism in Art. 20-25 of the Turkish Code of Obligations is applicable to merchants.²²⁶ Although the Turkish Court of

²²² In Turkish law, for the opinion interpreting the wording of the law broadly so as to cover the standard contracts drafted by the third parties, see: Ayşe Havutçu, *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel 2003) 76; Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2nd edn, Beta 2010) 66.

²²³ Official Gazette 01.03.2006, 26095.

²²⁴ Official Gazette 10.03.2007, 26458.

²²⁵ Official Gazette 28.11.2013, 28835.

²²⁶ For legal scholars who consider that Art. 20-25 of the Turkish Code of Obligation is applicable to merchants, see for example: Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşulları* (Yetkin 2014) 72; Abdüssamet Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı* (Seçkin 2015) 142; Yeşim M. Atamer, 'Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?' in Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 103-138. To gain more *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Cassation found that the personal scope of Art. 20-25 of the Turkish Code of Obligations is not limited,²²⁷ there are cases where it lied heavy on the obligation to act prudently and refused to exercise judicial control.²²⁸ Under such a legal system, it may not be predictable for the merchants whether their construction contracts based on the FIDIC forms will be subject to judicial review. For the avoidance of any doubt, we believe that control mechanism on standard contract terms may apply to merchants.

78. On the one hand, countries like Germany, Switzerland and Turkey, restrict the material scope of application of the control mechanism to the terms which are not negotiated.²²⁹ When evaluating whether contract terms are negotiated, all reasons behind the irrational behaviour of the counterparty should be detected. Generally speaking, a merchant may be at a disadvantage *vis-à-vis* another merchant as well, albeit in rather exceptional cases due to the fact that a merchant's bargaining power is strengthened by information symmetry and economic balance between contracting parties.²³⁰ For instance, merchants may lack the power to bargain especially in the sectors where standard contracts with the same content are dominantly used.²³¹ Our stance is that this is usually not the case in the construction sector; however, there may be particular exceptions where the balance is distorted to the detriment of contractors. The following paragraph will suffice to present the situation in the construction sector from our standpoint.

79. Although the FIDIC forms have been the foremost contracts in the construction industry and this looks set to continue, there are a number of alternative standard forms published by JCT, RIBA, ICE, ENAA, and so on.

accurate information on the counter position, see for example: O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Legal 2018) 409ff; O. Gökhan Antalya and E. Doğa Doğançacı, 'Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi' (2018) 24(2) MÜHFHAD 823, 836.

²²⁷ See for instance, Turkish Court of Cassation 11th Civil Chamber, E. 2016/4676, K. 2017/3160, T. 29.5.2017; Turkish Court of Cassation 3rd Civil Chamber, E. 2014/13539, K. 2014/16751, T. 18.12.2014.

²²⁸ See for instance, Turkish Court of Cassation 11th Civil Chamber, E. 2019/4467, K. 2020/3054, T. 22.6.2020.

²²⁹ For the criticism of this limitation, see: Erdem Büyüksağış, 'İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri' (2013) 8 (Special Issue) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 675.

²³⁰ Yeşim M. Atamer, *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları* (İTO 2001) 10-11.

²³¹ *ibid* 11.

The FIDIC forms' extensive use, on the contrary, leads the users to become so familiar with these forms that they may even remember the numbers of some articles. Even in cases where the contracting parties have no experience in using the FIDIC forms, these forms are rather accessible in the sense that the practitioners are able to buy them online through the FIDIC's web page, to review the terms under no time pressure, and to determine their rights and obligations. In addition, the FIDIC's main aim is to achieve a fair and balanced risk sharing and, by introducing the Golden Principles 2019, it even seeks to discourage the drafters from exacerbating the contractual imbalance.²³² As such, the FIDIC contracts are likely to fall outside of the control mechanism in jurisdictions where the material scope of application is restricted to the terms which are not negotiated.

80. On the other hand, the standard contracts are subject to control of the content in countries like France, Belgium, Norway, Finland and Denmark where the judicial control of the standard contract terms are not limited to non-negotiated terms.²³³ In the control of the content, the judges will evaluate whether the contractual balance is undermined to the detriment of the counterparty. The FIDIC forms are likely to pass muster the control of the content, considering that the rights and obligations of contracting parties are determined in a balanced way.

7. UNJUST ENRICHMENT

81. The final another argument available both in civil law and common law countries is unjust enrichment, the application of which varies depending on the governing law.²³⁴ Generally speaking, unjust enrichment may be identified as the enrichment of a person at the expense of another without justification, and the enriched party must return the benefit.²³⁵ When it comes to the construction contracts, employers may not refrain from making payment to contractors on the basis of non-compliance with the notice requirements for the works which have been already carried out.²³⁶

²³² Tyson (n 31) 4.

²³³ Büyüksağış (n 229) 689.

²³⁴ See, David Sawtell, 'Enrichment-based Claims for a Quantum Meruit in Construction Disputes' (2019) *International Construction Law Review* 101; Brice Dickson, 'Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview' (1995) 54(1) *The Cambridge Law Journal* 100.

²³⁵ *ibid.* See for example: Art. 318 and Art. 319 of the UAE Civil Code; Art. 77-82 of the Turkish Code of Obligations No: 6098.

²³⁶ Glover (n 69).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

CONCLUSION

Construction contracts often contain claim procedures requiring contracting parties to notify certain issues, which often lead to a price change or an extension of time, so that they are immediately solved prior to the completion of the project. Even though proper and timely notification of claims is highly beneficial both to employers and contractors, contracting parties often fail to comply with the notice requirement, the underlying reason for which is generally related to how contracting parties perceive this requirement. On the one hand, the receiving parties tend to regard a formal notice of claims as an aggressive act, rather than an act by way of which they are aware of the likelihood that the notifying parties may claim. This understanding leads contracting parties to engage in informal negotiation of the matter. On the other hand, the notifying parties are more likely to perceive notification of claims as unnecessarily onerous.

However, the parties should always remember that contractual notice provisions are part of the deal they have reached, and the sanction attached to the failure to comply with these provisions are rather heavy. Furthermore, courts are reluctant to interfere with contracting parties' freedom of contract even in civil law countries. This is probably because of the fact that the contracting parties in the construction sector are merchants who are expected to act prudently. As such, employers and contractors are advised to comply with the notice requirements set forth by the contract. Otherwise, the notifying party may lose its entitlement considering that the legal nature of the notice provisions in the FIDIC Forms are condition precedent.

This is particularly the case when the 2017 FIDIC Forms governs the relationship between contracting parties, given that more formal requirements were introduced for the validity of a notice than that in the 1999 FIDIC Forms, and that it is unclear how strictly courts and arbitrators will determine the issue of compliance with these further requirements. As the significance of claim notices becomes more widely understood, many courts and arbitrators will strictly enforce those provisions, which has the serious effect of vitiating a party's contractual right to claim. We believe that courts and arbitrators will adopt a flexible approach when the civil law is governing the 2017 FIDIC Forms given that the increased level of formalism actually provide them a reason to interfere with the contracts to curb the unfair consequences.

Employers and contractors should not hesitate to engage in contract negotiations where they believe that it is not conceivable for them to comply with the draft notice provisions, and amend them in a way to meet their

expectations. Thus, it will be easier for them to comply with customized contract terms. However, this drafting should be done very carefully, and a notice provision should be reasonable, clear and precise. Otherwise, they may inevitably be involved in an arbitration or a court process as in the case of *J Murphy* where court proceedings would have been avoided simply by listing Sub-Clause 8.7 with the other clauses excepted from the requirements of Sub-Clauses 2.5 and 3.5.

In case where contracting parties are unsure about whether an event or circumstance triggers the relevant contract provision which requires notice, it will be better to give notice of the potential impact. We must admit that this perception will cause the increase in the correspondence exchanged between the contracting parties. However, we believe that the risk here is not proportional and the notice may always be withdrawn after the basis for a claim is discovered to be wrong. Indeed, if notice is not given, the parties will put their potentially meritorious entitlement for additional time and/or cost in jeopardy.

BIBLIOGRAPHY

- Akıncı Z, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri (Adalet 1996).
- Antalya O G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (Legal 2018).
- Antalya O G and Doğancı E D, ‘Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi’ (2018) 24(2) MÜHFHAD 823.
- Atamer Y M, ‘Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?’ in Çiğdem Kırca (ed), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Vedat 2013).
- Atamer Y M, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (2nd edn, Beta 2010).
- Atamer Y M, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları (İTO 2001).
- Bailey J, Construction Law (2nd edn, Informa Law from Routledge 2016).
- Baker E, Mellors B, Chalmers S and Laver A, FIDIC Contracts: Law and Practice (Informa 2013).
- Bell A, Hall N, ‘Employer Claims under FIDIC: Where Are We Now?’ (*Turkish Commercial Law Review*, Winter 2016) <<http://the-tclr.org/employer-claims-fidic-now/>> accessed 15 December 2021.

- Bremen J, Ammar L B, ‘Contractors’ Claims, Remedies and Reliefs’ (*Global Arbitration Review*, 12 December 2017) <<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1145221/contractors-claims-remedies-and-reliefs>> accessed 18 December 2021.
- Budak S A, ‘Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri’ in Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süznel and Elliott Geisinger (eds), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (On İki Levha 2018).
- Büyüksağış E, ‘İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro’nun Düşündürdükleri’ (2013) 8 (Special Issue) *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 675.
- Büyüksağış E, ‘Turkish Contract Law Reform: Standard Terms, Unforeseen Circumstances, and Judicial Intervention’ (2016) 17(3) *European Business Organization Law Review* 423.
- Clayton B, ‘Can a Contractor Recover when Time-barred?’ (2005) *International Construction Law Review* 341.
- Corbett E, ‘Adding the Best Bits of FIDIC 2017 to the 1999 Forms’ (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 29 October 2018) <<https://www.corbett.co.uk/cherry-picking-fidic-2017/>> accessed 11 December 2021.
- Corbett E, ‘FIDIC 2017 – First Impressions of the 3-Kilo Suite’ (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 13 December 2017) <<https://www.corbett.co.uk/fidic-2017-first-impressions-of-the-3-kilo-suite-kilo/>> accessed 12 December 2021.
- Davis R O, ‘Advantages of Standard Contract Forms’ (1986) 2(2) *Journal of Management in Engineering* 79.
- Di Stefano A, ‘Good Faith in the AS11000: Has the Eagle Landed?’ (2017) 33 *Building and Construction Law Journal* 13.
- Dickson B, ‘Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview’ (1995) 54(1) *The Cambridge Law Journal* 100.
- Ekşi N, ‘FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar’ in Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süznel and Elliott Geisinger (eds), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (On İki Levha 2018).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (2nd edn, Beta 2015).
- Erdem H E, ‘Türk Hukuku ve FIDIC Kapsamında Ek Süre’ (*Erdem & Erdem Hukuk Postası*, April 2009) <<http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turk-hukuku-ve-fidic-kapsa>

[minda-ek-sure/>](#) accessed 1 December 2021.

Erdem H E, 'Türk Hukuku ve FIDIC Kapsamında Ek Ücret' (*Erdem & Erdem Hukuk Postası*, May 2009) <<http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turk-hukuku-ve-fidic-kapsaminda-ek-ucret/>> accessed 1 December 2021.

Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (On İki Levha 2010).

FIDIC Rainbow Suite ed.2017 - Second edition of the Red, Yellow & Silver Books, FIDIC, 1 March 2018 <http://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rainbow%20suite_2018_03_1.pdf> accessed 10 December 2021.

3 1.pdf> accessed 10 December 2021.

Furst S, Ramsey V, Hannaford S, Williamson A, Keating D and Uff J, *Keating on Construction Contracts* (Sweet & Maxwell 2012).

Giblin K and Hall I, 'If it isn't broken...: A practical guide to the effective use of standard forms of contract' (*K&L Gates Construction Law Blog*, 21 February 2019) <<https://www.klconstru>

[tionlawblog.com/2019/02/if-it-isnt-broken-a-practical-guide-to-the-effective-use-of-standard-forms-of-contract/](https://www.klconstru)> accessed 15 December 2021.

Glover J, 'Employer claims under the FIDIC form' (*International Quarterly by Fenwick Elliott LLP*, 2015) <http://www.fenwickelliott.co.uk/sites/default/files/issue_015_-_iq_2015.pdf> accessed 24 December 2021.

Glover J, 'FIDIC: an overview – The Latest Developments, Comparisons, Claims and Force Majeure' (*FIDIC*, 17 Eylül 2017) <<https://bit.ly/3uUBaa4>> accessed 15 December 2021.

Glover J, 'Sub-Clause 20.1 – the FIDIC Time Bar under Common and Civil Law' (*Fenwick Elliott*, 2015) <[https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-iss](https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-issues/sub-clause-fidic-time-bar)

[ues/sub-clause-fidic-time-bar](https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-issues/sub-clause-fidic-time-bar)> accessed 24 December 2021.

Glover J, 'Time bars in an international context' (*Fenwick Elliott Annual Review 2015/2016*, 6 November 2015) <[https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2015/ti](https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2015/time-bars-international-context)

[me-bars-international-context](https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2015/time-bars-international-context)> accessed 24 December 2021.

Godwin W, *International Construction Contracts: A Handbook with commentary on the FIDIC design-build forms* (Wiley-Blackwell 2013).

Godwin P, Roughton D, Gilmore D and Kratochvilova E, 'The prevention principle, time at large and extension of time clauses' (*Herbert Smith*

- Construction dispute avoidance newsletter*, 21 August 2009) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=09e90e60-fa47-411b-813d-0e3c6427f836>> accessed 24 December 2021.
- Havutçu A, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Güncel 2003).
- Jaeger A.-V. and Hok, G.-S., *FIDIC-A Guide for Practitioners* (Springer 2010).
- Jędrzejczyk D, ‘Sub-clause 20.1 of the FIDIC Under Polish Law - Is It an Enforceable Time Bar?’ (*K&L Gates Construction Law Blog*, 16 March 2018) <<https://www.klconstructionlawblog.com/2018/03/sub-clause-20-1-of-the-fidic-under-polish-law-is-it-an-enforceable-time-bar/>> accessed 9 December 2021.
- Jones D, ‘Can Prevention be Cured by Time Bars?’ (2009) 26 *International Construction Law Review* 57.
- Kaplan İ, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri* (Yetkin 2013).
- Kim S H, Han M and Khalil U, ‘The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Manufacturing and Supply Contracts for International Construction Projects’ (2019) *International Construction Law Review* 352.
- King C and Ardagh R, ‘Conditions Precedent: Will they bite?’ (*Fenwick Elliott*, June 2020) <<https://www.fenwickelliott.com/research-insight/newsletters/insight/86>> accessed 19 December 2021.
- Kitt G, ‘Construction Claims in the UK’ in Lukas Klee (ed), *International Construction Contract Law* (2nd edn, John Wiley & Sons 2018).
- Klee L, *International Construction Contract Law* (2nd edn, John Wiley & Sons 2018).
- Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R, Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (Filiz 2017).
- Köksal T, *International Construction Law* (Adalet 2013).
- Lal H, ‘The Rise and Rise of Time-Bar Clauses: The Real Issue for Construction Arbitrators’ (2007) *International Construction Law Review* 118.
- Lane Patrick M M, ‘The Tension Between the Application of Good Faith and *Pacta Sunt Servanda*’ (2020) *International Construction Law Review* 294.
- Lenz C H, ‘Procedures for Contractors’ and Employers’ Claims and Pitfalls - In Particular under FIDIC Contracts’ in Yeşim M. Atamer, Ece Baş

- Süzel and Elliott Geisinger (eds), *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (On İki Levha 2018).
- Leszko, M, 'Notification of Claims - The Deadline and the Effects of its Expiry - Some Considerations on the Basis of the 1999 and 2017 Versions of the FIDIC Conditions of Contract' (*DLA Piper Publications*, 1 June 2018) <<https://www.dlapiper.com/pl/poland/insights/publications/2018/07/new-fidic-conditions-of-contract-for-construction-polish-perspective/>> accessed 9 December 2021.
- Mae K, 'Preventing Improper Liability for Delay but not Preventing Disputes: Re-thinking the Implications of the Prevention Principle in Australia and Abroad' (2019) *International Construction Law Review* 24.
- Mellors B, 'FIDIC 2017's enhanced contract management provisions' (*Practical Law Construction Blog*, May 22, 2019) <<http://constructionblog.practicallaw.com/fidic-2017s-enhanced-contract-management-provisions/>> accessed 26 December 2021.
- Moss S, 'Swiss Law vs. English Law on Contract Interpretation: Is Swiss Law Better Suited to the Realities of International Construction Contracts' (2015) *International Construction Law Review* 470.
- Mulero Clas G, 'Clause 20: Employer's and Contractor's Claims' (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 27 January 2018) <<https://www.corbett.co.uk/clause-20-employers-and-contractors-claims/>> accessed 15 December 2021.
- Ndekugri I, Chapman P, Smith N and Hughes W, 'Best Practice in the Training, Appointment, and Remuneration of Members of Dispute Boards for Large Infrastructure Projects' (2014) 30(2) *Journal of Management in Engineering* 185.
- Oğuzman M K, Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (17th edn, Vedat 2019).
- O'Reilly M, *Civil Engineering Construction Contracts* (2nd edn, Thomas Telford Ltd 1999).
- Park KJ, 'Claim Notice: When Should the Contractor Notify?' (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 24 May 2016) <<https://corbett.co.uk/claim-notice-by-when-should-the-contractor-notify-2/>> accessed 9 December 2021.
- Robertson D, 'When must a contractor give notice of an entitlement under FIDIC's condition precedent clause?' (*The Practical Law Construction Blog*, 17 June 2014) <<http://constructionblog.practicallaw.com/when-must-a-contractor-give-notice-of-an-entitlement-under-fidics-condition-precedent-clause/>> accessed 28 December 2021.

- Sawtell D, 'Enrichment-based Claims for a Quantum Meruit in Construction Disputes' (2019) *International Construction Law Review* 101.
- Schäfer H B and Aksoy H C, 'Good Faith' (2015) *Encyclopedia of Law and Economics* 1.
- Schneider M E, 'A Typology of Risk Allocation – The Example of FIDIC Suite of Contracts' in Yeşim M. Atamer, Ece Baş Süzel and Elliott Geisinger (eds), *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı (On İki Levha 2020)*.
- Schwenzer I and Hachem P, 'Article 1' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (4th ed., Oxford 2016)*.
- Schwenzer I, Ranetunge J and Tafur F, 'Service Contracts and the CISG' (2018) *10 The Indian Journal of International Economic Law* 170.
- Seppälä C R, 'Contractor's Claims Under the FIDIC Contracts for Major Works' (2005) *21(4) International Construction Law Review* 278.
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm (Vedat 2005)*.
- Smiley A and Rawal R, 'Locked behind Time Bars' (2018) *International Construction Law Review* 60.
- Sözen Z, *FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi (Legal 2015)*.
- Steward M R and de Moraes C A, 'FIDIC Update: Clarity on Notice Provisions and Time Bars' (*K&L Gates Construction Law Blog*, 19 May 2014) <<https://www.klconstructionlawblog.com/2014/05/fidic-update-clarity-on-notice-provisions-and-time-bars/>> accessed 9 Decem- ber 2021.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Filiz 1993)*.
- The FIDIC Contracts Guide (FIDIC 2000).
- Thomas D, 'Time-bars Revisited' (*Construction Law International*, December 2014) <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=9199af06-e541-4c36-a1a7-a5ad4de00c81#10>> accessed 11 December 2021.
- Tuzcuoğlu T, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları (Seçkin 2020)*.
- Tweeddale A, 'FIDIC's clause 20 a common law view' (*Construction Law International*, 1 June 2006) <<http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/FIDIC-Clause-20-a-common-law-view.pdf>> accessed 1 December 2021.

- Tweeddale A and Culatto N, ‘Clause 1’ (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 2016) <<http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Clause-1-1.pdf>> accessed 10 December 2021.
- Tyson V, ‘Employers Beware’ (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 16 December 2015) <<https://corbett.co.uk/employers-beware/>> accessed 1 December 2021.
- Tyson V, ‘FIDIC’s Golden Principles – holding back the tide?’ (*Corbett & Co. Knowledge Hub*, 10 March 2020) <<https://www.corbett.co.uk/fidics-golden-principles-holding-back-the-tide/>> accessed 1 December 2021.
- Varley J, ‘Time to change “time at large”?’ (*The Practical Law Construction Blog*, 27 August 2014) <<http://constructionblog.practicallaw.com/time-to-change-time-at-large/>> accessed 7 December 2021.
- Wallace I D, ‘Prevention and Liquidated Damages: A Theory Too Far?’ (2002) 18 *Building and Construction Law* 82.
- Wardle N, ‘FIDIC contracts – a preview of what is to come’ (*The Practical Law Construction Blog*, 13 January 2021) <<http://constructionblog.practicallaw.com/fidic-contracts-a-preview-of-what-is-to-come/>> accessed 18 December 2021.
- Warren M, ‘Good Faith: Where Are We At?’ (2010) 34 (1) *Melbourne University Law Review* 344.
- Wilson M, ‘The importance of timely and proper notice of a claim under a contract’ (*Nuts & Bolts | Construction Law Blog*, 22 February 2018) <<https://www.greensfelder.com/nuts-bolts-construction-law-blog/importance-of-timely-and-proper-notice-of-claim-under-contract#page=1>> accessed 18 December 2021.
- Yelmen A, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Koşulları (Yetkin 2014).
- Yılmaz A, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı (Seçkin 2015).

CASE-LAW

Australia

- CMA Assets Pty Ltd v John Holland Pty Ltd [No. 6] [2015] WASC 217.
- Eriksson v Whalley [1971] 1 NSWLR 397.
- Gaymark Investments Pty Ltd v Walter Construction Group Ltd [1999] NTSC 143.
- Jennings Construction Ltd v QH&M Birt Pty Ltd [1986] 8 NSWLR 18.
- Kane Constructions Pty Ltd v Sopov [2005] VSC 237.
- Turner Corporation Ltd v Austotel Pty Ltd (1994) 13 BCL 374.
- YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Turner Corporation Ltd v Co-ordinated Industries Pty Ltd (1995) 11 BCL 202.

Poland

Judgment of the Supreme Court of 23 March 2017, case no. V CSK 449/16.

Singapore

Central Provident Fund Board v Ho Bock Kee [1980-1981] SLR 180; [1981] SGCA 4.

The United Kingdom

Aspen Insurance UK Ltd v Pectel Ltd [2009] 2 All ER (Comm) 873.

Attorney General for the Falkland Islands v Gordon Forbes Construction (Falklands) Limited [2003] BLR 280.

Ben Cleuch Estates Ltd v Scottish Enterprise [2008] CSIH 1.

Bremer Handelgesellschaft mbH v. Vanden Avenne Izegem P.V.B.A [1978] 2 LLR 109.

City Inn Limited v Shepherd Construction Limited (2003) CILL 2009.

Davy Offshore Ltd v Emerald Field Contracting Ltd (1992) 55 BLR 1.

Eagle Star Insurance Company Ltd v Cresswell & Ors [2004] EWCA Civ 602.

Glen Water Ltd v Northern Ireland Water Ltd [2017] NIQB 20.

Goodwin & Sons v Fawcett [1945] EG 186.

Heritage Oil And Gas Ltd & Anor v Tullow Uganda Ltd [2014] EWCA Civ 1048.

HOE International Ltd v Andersen [2017] CSIH 9.

Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] Q.B. 433; [1988] 1 All ER 348.

J Murphy & Sons Ltd v Beckton Energy Ltd [2016] EWHC 607 (TCC).

John L. Haley v Dumfries & Galloway Regional Council [1988] 39 GWD 1599.

Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Company SA & Anor v Okta Crude Oil Refinery AD [2002] EWHC 2210 (Comm).

Multiplex Constructions (UK) Ltd v Honeywell Control Systems Ltd (No. 2) [2007] EWHC 447 (TCC).

NH International (Caribbean) Limited v National Insurance Property Development Company Limited (Trinidad and Tobago) [2015] UKPC 37.

Obrascon Huarte Lain SA v Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC).

O'Brien v TTT Moneycorp Ltd [2019] EWHC 1491.

Peak Construction (Liverpool) Ltd v McKinney Foundations Ltd [1970] 1 BLR 111.

Pioneer Concrete (UK) Limited v National Employers Mutual General Insurance Association Limited [1985] 1 LLR 274.

Schuler (LG) AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd [1974] AC 235.

Scottish Power UK Plc v BP Exploration Operating Co Ltd [2016] 1 All E.R. (Comm) 536.

Spiers Earthworks Pty Ltd v Landtec Projects Corp Pty Ltd (No 2) (2012) 287 ALR 360.

Steria Ltd v Sigma Wireless Communications Ltd [2007] EWHC 3454 (TCC).

Temloc v Errill Properties [1987] 39 BLR 30.

West Dunbartonshire Council v William Thompson & Sons (Dumbarton) Ltd [2015] CSIH 93.

WW Gear Construction Ltd v McGee Group Ltd [2010] EWHC 1460 (TCC).

Yates Building Co Ltd v Pulleyn & Sons (York) Ltd [1975] 273 EG 183.

Turkey

Turkish Court of Cassation 15th Civil Chamber, E. 2000/4429, K. 2001/1032, T. 26.02.2001.

Turkish Court of Cassation 15th Civil Chamber, E. 2001/5595, K. 2002/3931, T. 17.09.2002.

Turkish Court of Cassation 3rd Civil Chamber, E. 2014/13539, K. 2014/16751, T. 18.12.2014.

Turkish Court of Cassation 11th Civil Chamber, E. 2016/4676, K. 2017/3160, T. 29.5.2017.

Turkish Court of Cassation 11th Civil Chamber, E. 2019/4467, K. 2020/3054, T. 22.6.2020.

¶ TİCARET UNVANININ TİCARİ DÜRÜSTLÜĞE AYKIRI BİÇİMDE KULLANILMASINA DAİR BAZI SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF SOME ISSUES RELATED TO THE USE OF THE TRADE NAME CONTRARY TO COMMERCIAL HONESTY)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fethi Şua^{* **}

ÖZ

Bir ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde TK hak sahibini korumaktadır. Bu korumanın kapsamının belirlenebilmesi için esas olarak “ticari dürüstlüğe aykırı bir biçimde kullanımın” sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususta yol gösterici olmak üzere Ticaret Bakanlığı tarafından Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ yayımlanmış ve söz konusu Tebliğin “İltibas” başlıklı 5. maddesi, unvanların birbirinden ayırt edilmesini sağlayan bazı esasları belirlemiştir. Bu esaslardan en önemlisi m 5/3’de yer alan düzenleme olup, Ticaret Bakanlığı’nın ve dolayısıyla Ticaret Sicili Müdürlüklerinin birbirine benzeyen ticaret unvanlarına nasıl yaklaşacağını göstermektedir.

Ne var ki Tebliğ’e göre ayırt ediciliği sağladığı kabul edilen “işletme konusunu gösteren ilk ibarenin farklı olması” ölçütündeki “farklı olma” kavramı tereddüt doğurabilecek niteliktedir. Şöyle ki, ekten sonra gelen ilk ibare açısından sadece “yazım” farklılığı yeterli olacak mıdır? Aynı anlama gelebilecek kavramlar salt yazımları farklı olduğu için ayırt edici kabul edilecekler midir? Örneğin, “Harika Giyim Ticaret Anonim Şirketi” daha önce tescil edilmişken daha sonra “Harika Hazır Giyim Ticaret Anonim Şirketi” tescil edilebilir mi? Söz konusu örneğe “ticari dürüstlüğe aykırı bir biçimde kullanımı” yasaklayan TK 52 hükmünü esas alarak baktığımızda sonraki unvanın tesciline izin verilmemesi gerektiği açıktır. O halde, Tebliğ’de yer alan “işletme konusunu gösteren ilk ibarenin farklı olması”

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.05.2022. İlk hakem raporu tarihi: 13.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma Tarihi: 27.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7498-8467.

Esere Atıf Şekli: Mehmet Fethi Şua, “Ticaret Unvanının Ticari Dürüstlüğe Aykırı Biçimde Kullanılmasına Dair Bazı Sorunların Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.449-466.

ölçütünün, işletme konusunun farklılaşmasını da içeren bir ibareyi ifade ettiği şeklinde değerlendirmek yerinde olacaktır.

Gerçekten de Tebliğ hükümlerini, TK'da açıkça yasaklanan "ticari dürüstlüğe aykırı kullanım" sonucu doğurmayacak şekilde yorumlamak ve uygulamak normlar hiyerarşisine de uygun olacaktır. Kaldı ki, tüm özel hukuk ilişkileri bakımından dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu mevcut olduğuna göre, ticaret unvanı seçen tacirin, ticari dürüstlüğe aykırı bir kullanım yapamaması, hem MK 2'nin hem de TK 52'nin gereği olarak kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Unvanı, Karıştırılma, İltibas, Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ, Ticari Dürüstlük

ABSTRACT

In case a trade name is used by another person contrary to commercial honesty, the TCC protects the proprietor. So as to determine the scope of this protection, the limits of "use contrary to the commercial honesty" should essentially be determined.

The Ministry of Trade has published the Communiqué on Trade Names as a guide in this regard; and Art. 5, titled "Confusion", of the Communiqué, has determined the principles that enable trade names to be distinguished from each other. The most important of these principles is the provision in Art. 5/para. 3, which reveals how the Ministry of Trade and accordingly the Trade Registry Offices shall approach similar trade names. However, the concept of "being different" in the criterion of "the difference of the first phrase indicating the activity of undertaking", which ensures the distinctiveness according to the Communiqué, is of a nature that may cause hesitation. That is, would the only "spelling" difference for the first phase after the addition component be sufficient? Could terms with the same meaning be considered distinctive just because their spellings are different? For example, while "Harika Giyim Ticaret Anonim Şirketi" has been registered priorly, can "Harika Hazır Giyim Ticaret Anonim Şirketi" be registered subsequently? According to the evaluation of the example in question on the basis of the Art. 52 TCC, which prohibits "use contrary to commercial honesty", it is clear that the registration of the subsequent trade name shall not be allowed. Therefore, it would be appropriate to evaluate the criterion of "the difference of the first phrase indicating the activity of undertaking" in the Communiqué as expressing a phrase also includes the differentiation of the activity of undertaking.

Indeed, interpreting and applying the provisions of the Communiqué in a way that does not result in "use contrary to commercial honesty", which is expressly prohibited in the TCC, would also be appropriate for the hierarchy of norms. Moreover, since there is a mandatory obligation to comply with the rule of good faith in all private law relations, it should be accepted as a requirement of both Art. 2 Turkish Civil Code and Art. 52 TCC that the merchant who chooses a trade name cannot use it contrary to commercial honesty.

Keywords: Trade Name, Confusion, Communiqué on Trade Names, Commercial Honesty

GİRİŞ

Ticaret unvanı, her tacirin ticari faaliyetlerinde kullanmak zorunda olduğu ve tacirleri birbirinden ayırt etmeye yarayan bir tanıtma vasıtasıdır. Diğer bir deyişle, tacirler ile temas kuranlar, taciri “ticaret unvanıyla” tanırlar ve diğer tacirlerden ayırt ederler. İşte bu nedenle, bir ticaret unvanının öncelikle diğer ticaret unvanlarından “ayırt edilebilmesi” gerekmektedir¹.

Böylece, ticaret hayatına giren veya “tacir” sıfatı kazanan “her yeni tacir”in mevcut tüm tescilli unvanlardan ayrışması ve ticari dürüstlüğe aykırı bir kullanıma yol açmaması gerekmektedir. Lâkin, ülkemizde yoğun olarak faaliyet gösterilen alanlarda (tekstil, inşaat, turizm, gıda vb.) tescilli unvanların sayıca çokluğu nedeniyle “farklılaşma” nispeten zorlaşabilmekte ve benzer unvanlar ile karşılaşabilme olasılığı artmaktadır. Yeni oluşturulacak bir unvanın, mevcut unvanlardan ne kadar farklı olması gerektiği, onlara benzerlik açısından ne kadar “yaklaşmaması” gerektiği veya daha somut bir ifadeyle “ayırt edilmenin” hangi seviyede sağlanacağı konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TK) yer alan ve birbirini tamamlayan iki düzenleme mevcuttur: “Ortak hükümler” başlıklı m 45 ve “Unvanına tecavüz edilen kimsenin hakları” başlıklı m 52. Bu sonuncu düzenleme hak sahibine, tescilli bir unvanın “ticari dürüstlüğe aykırı biçimde” kullanımına engel olma imkânı tanımaktadır.

Tescilli unvanların korunması bakımından “ticari dürüstlük” kavramına, ilk defa TK’da başvurulmuştur. MK m 2’de düzenlenen “dürüstlük kuralı”nın, Ticaret hukukunda uygulanması olarak değerlendirilebilecek “ticari dürüstlük” kavramına ve sınırlarının belirlenmesine dair örneklere

¹ “Ticaret unvanı tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili işlemleri yaparken kullandıkları isimdir. Bu yönüyle ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan tanıtma vasıtasıdır.” HGK, E 2017/1298 K 2019/335 T 21.03.2019, www.lexpera.com.tr.

şağıda değinilecektir. Ayrıca, ticari dürüstlüğe aykırı kullanımların engellenebilmesi için TK'nın, ticaret unvanına yüklediği temel işlev olan “ayırt edicilik ve tanıtma fonksiyonu” özellikle nazara alınmalı ve TK 45'in zorunlu kıldığı “ayırt ediciliğe” zarar verecek yeni unvanlara izin verilmemelidir.

Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ² (Tebliğ), ise tescile izin verilecek ve verilmeyecek unvanlar ile ilgili esasları düzenleyen bir hukuk normu olarak mevzuatımızda 14.02.2014 tarihinden itibaren yer almış bulunmaktadır. Tebliğ'in “İltibas” başlıklı 5. maddesi, sonraki tarihli unvanların tescil hakkını hangi koşullarda elde edebileceğine dair bazı kriterler belirlemiş bulunmaktadır. Ancak zikredilen 5. maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında “ticari dürüstlüğe aykırı” unvanlar oluşabileceğinden, söz konusu düzenleme aşağıda TK'nın belirlediği sınırlara uygun biçimde yorumlanacaktır.

Bu çerçevede öncelikle, ticaret unvanlarının ayırt edicilik işlevi üzerinde durulacak (I), sonrasında ise ticari dürüstlüğe aykırı unvanlar hakkında değerlendirmeler yapılacaktır (II).

I – Ticaret Unvanlarının Ayırt Edicilik İşlevi

Bir ticaret unvanı, taciri tanıtmak üzere oluşturulur. Unvanın oluşumunda kanuni bir zorunluluk olarak “çekirdek” unsuru yer almalı, bazı durumlarda zorunlu olarak “ek” de unvana ilâve edilmelidir³. İnceleme konumuzun ortaya konulabilmesi için öncelikle “çekirdek” ve “ek” unsurlarına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Çekirdek unsur⁴, TK 41 gereğince gerçek kişilerde ad ve soyaddan oluşmakta iken diğer tacirler açısından (ticaret şirketleri, tacir sayılan diğer tüzel kişiler, donatma iştiraki) TK 42 ve devamında yer alan farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, bir anonim şirket açısından işletme konusu (inşaat, otomotiv, gıda, turizm gibi) ve şirketin türü (anonim şirket)

² 14.02.2014 T ve 28913 S RG.

³ Ticaret unvanı çekirdek ve ek unsurlarını içerecek şekilde bir bütün olarak korunmaktadır. Bu itibarla, “unvana sağlanan korumanın kapsamı, unvanın çekirdek veya ek bölümüne göre değişmektedir.” M. E. BİLGE, R. KARASU, A. ALTINTAŞ, H. KOÇAK, “Ticaret Unvanlarının Tescilli Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri - Karşılaştırmalı Bir İnceleme -”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C 77, S 2, 2019, (<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0010>), s. 796.

⁴ Öğretide “ana unsur” olarak da ifade edilmektedir. M. HELVACI, (H. ÜLGEN/A. KAYA/N. F. NOMER ERTAN,) *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2019, s. 399. Öğretide tercih edilen diğer adlandırmalar için bkz. A. F. ÖZKAN, *Ticaret Unvanlarında Ek Kullanımı*, TFM, C 4, S 2, 2018, s. 241.

birlikte “çekirdek” unsuru oluşturur. Çekirdekte yer alan bu unsurlar, bir yandan tacirin hangi sektörlerde faaliyet gösterdiğini belirtirken bir yandan da *şirketin türünü* belirterek diğer *tacir türlerinden* ayırt edilmeyi sağlama işlevine sahiptirler.

Ek unsuruna dair TK hükümleri incelendiğinde bir ticaret unvanının, esas itibariyle taciri tanıtmak ve onu diğer tacirlerden ayırt etmek için kullanıldığı daha açık bir şekilde tespit edilebilmektedir. Gerçekten de özellikle “zorunlu ek”i düzenleyen TK 45, ticaret unvanlarının, birbirinden ayırt edilmesi gerekliliğini düzenlemekte, eğer karıştırılmaya yol açabilecek bir benzerlik mevcut ise, ayırt ediciliğin sağlanması için ek kullanılmasını zorunlu tutmaktadır⁵. Dolayısıyla, karıştırılma olabilecek hallerde sonraki tarihli unvanın, daha önce tescil edilen bir unvandan ayırt edilmesini sağlayacak ek alması gerekmektedir. Bu düzenleme göstermektedir ki, unvanlar oluşturulurken ayırt ediciliğin sağlanması kanuni bir zorunluluktur.

Mehaz düzenlemeler de bu konuda çok açıktır ve hatta ayırt edilmenin veya farklılaşmanın “net bir biçimde” yapılması gerektiği düzenlenmiştir: TK 45’in mehazını teşkil eden iki hükümde de “nettement” (net bir biçimde) ifadesi kullanılmıştır: İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) 946/2’de “...qui distingue nettement...” (net bir biçimde ayırt eden) ve m 951’de “...doit se distinguer nettement ...” (net bir biçimde ayırt edilmesi gereken) terimleri kullanılmıştır.

TK 46’da ise ihtiyari eklerin⁶, tacirin kimliği hakkında üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmaması gerektiği

⁵ 42 ilâ 45. maddelerde ticaret unvanına dair düzenlemeler içeren Ticaret Sicil Yönetmeliği de 44. maddesinde benzer bir düzenleme içermektedir. 27.01.2013 T ve 28541 S RG. Genel itibariyle, Yönetmeliğin, TK’nın düzenlemelerini tekrar ettiği ve “ticari dürüstlük” kavramı açısından açıklayıcı düzenlemeler içermediğini ve bu gerekçeyle, çalışmanın devamında ilgili yerlerde doğrudan TK hükümlerine başvurulduğunu belirtmek gerekir.

⁶ İhtiyari ekler 6762 Sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu (eTK) döneminde “İlaveler” başlıklı 48. maddede düzenlenmekteydi. “*Kanun koyucu, bir ticaret unvanına cazibe vererek müşterileri çekmesine yardım etmek, ticari işletmeyi işleten kimsenin mesleğini veya hüviyetini göstermesine veya istediği hususları eklemek suretiyle kişisel eylemlerini ifade etmesine imkan sağlamak ve ticari işletmenin mahiyetinin belirmesini kolaylaştıracak hususların firmaya girmesini temin etmek gayesiyle, çekirdeğe bazı ekler eklenmesine müsaade etmiş*”tir. **S. K. MİMAROĞLU**, *Ticaret Hukuku Dersleri, İşletme Hukuku*, C 1, Ankara, 1967 s. 198. İhtiyari ekleri açıklayan söz konusu alıntıda da kullanılmış olduğu üzere, eTK döneminde bazı yazarlarca “firma” terimi, ticaret unvanı yerine kullanılmaktaydı. Ticaret unvanının ve “firma” teriminin tarihçesi için bkz. Aynı eser, 189 vd ve **Y. KARAYALÇIN**, *Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticari İşletme*, Ankara, 1968, s. 370.

düzenlenmektedir⁷. Bu kapsamda ihtiyari eklerin, bir tacirin, diğer tacirlerden ayırt edilmesine engel olmaması ve bu bağlamda da yanıltıcı olmaması gerektiği ifade edilebilir. Bu itibarla, söz konusu düzenleme de unvanların ayırt edicilik fonksiyonunu destekleyici bir hüküm olarak kabul edilebilecektir⁸.

Tebliğ 5/1 düzenlemesi de TK'da yer alan ayırt ediciliğe ilişkin kuralı tekrar etmiştir: “*Bir ticaret unvanı, Türkiye'nin herhangi bir sicil müdürlüğüne daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olan ek yapılmadan tescil edilemez.*”

Tüm bu düzenlemeler göstermektedir ki, bir ticaret unvanı, önceki diğer unvanlardan ayırt edilmeli ve böylece ticari dürüstlüğe aykırı bir kullanıma yol açmamalıdır.

II- Ticaret Unvanının Ticari Dürüstlüğe Aykırı Biçimde Kullanılmasına Dair Değerlendirmeler

Bir ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, haksız kullanıma engel olma hakkına sahiptir (TK 52). Ticari dürüstlüğe aykırı kullanımın sınırlarının çizilebilmesi için öncelikle kanun koyucunun benimsediği “ticari dürüstlük” kavramı üzerinde durulacak (A), sonrasında ise söz konusu kavramın uygulandığı bazı örnekler incelenecek ve konu ile ilgili Tebliğ hükümleri değerlendirilecektir (B).

A- Ticari Dürüstlük Kavramı

6762 Sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu'ndaki (eTK) 54. maddede “kanuna aykırı” kullanım yasaklanmış olup Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın (Tasarı) 52. maddesine dair gerekçede bu konuda yapılan herhangi bir değişiklikten hiç söz edilmemiştir⁹. Buna rağmen, “kanuna aykırı” ifadesi yerine Tasarıda

⁷ Tacirin sahip olmadığı niteliklere sahipmişçesine oluşturacağı unvan ekleri de TK 46 kapsamında yasaklanmıştır. Esasen, aldatici eklerin, yanıltmaya yol açan tüm durumları kapsayan geniş bir uygulama alanı olabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca, TTK, 46/1'de *tacirin kimliğine ve işletmesinin özelliklerine işaret edilmesinin örnek niteliğinde olduğu, sınırlı sayıda olmadığının kabulü gerektiği ve TTK'da yanılmanın ne hakkında olabileceği belirtilmişken, nasıl olacağının net olmadığı* yönündeki görüş için bkz. A. F. ÖZKAN, s. 254.

⁸ Nitekim, mehzaz düzenleme olan İsvBK 944'te (ihtiyari ek alan) de ticaret unvanının hataya sevk etmemesi (yanıltıcı olmaması) gerektiği düzenlenmektedir.

⁹ M. HELVACI, (H. ÜLGEN/A. KAYA/N. F. NOMER ERTAN,), s. 433. A. KENDİGELEN, *Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

“ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalara aykırı” şeklinde bir ifade tercih edilmiştir.

Daha sonraki süreçte, Tasarının 52. maddesinde “ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalara” şeklinde yer alan ibarenin çeviri izlenimi verdiği gerekçesiyle¹⁰ bunun yerine TBMM Genel Kurulu’nda sunulan bir önerge sonucunda aynı anlama geldiği ve daha kısa olduğu belirtilen “ticari dürüstlük” kavramı kabul edilmiştir¹¹. Ne var ki ticari dürüstlük kavramı TK’da tanımlanmamıştır¹². Ticari dürüstlüğün öğretilde “ticari alanda geçerli olan dürüstlük kuralları (TMK 2)” olarak anlaşılmasının uygun olacağı, haklı olarak, ifade edilmektedir¹³.

Öğretilde, ayrıca, “ticari dürüstlüğe aykırılık” ve “kanuna aykırılık” kavramlarının “birbirleri ile tam olarak örtüşmediği”¹⁴ ve ticari dürüstlüğe aykırılığın, kanuna aykırılık kavramından daha geniş bir ifade olduğu belirtilmektedir¹⁵. Karşı görüş ise “Kanuna aykırılık şartının TMK m.2’ye,

İstanbul, 2016, s. 78. **M. YASAN**, *TTK m.52’ye Göre ‘Ticari Dürüstlüğe Aykırılık’ Şartının İncelenmesi*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 21, S 2, 2013, s. 195.

¹⁰ Tasarının diline yönelik eleştiriler arasında “Ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar” ifadesi de yer almakta olup söz konusu ifade “anlamı tam belirlenemeyen, yoruma açık veya çeviri kokan” anlatımlar arasında örnek olarak verilmiştir. **M. BAHTİYAR**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Makaleler II, İstanbul, 2008, s. 187.

¹¹ TBMM, 23. Dönem 3. Yasama Yılı, 25. Birleşim, 03 Aralık 2008, Genel Kurul Tutanağı s. 62, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BirlesimSiraNo=20281&BaslangicSayfa=62&BitisSayfa=62&Tur=B>.

¹² Nitekim, öğretilde Yasan, “ticaret unvanının korunmasına ilişkin bir hükmün uygulanabilirliğinin, ‘ticari dürüstlük’ kavramına ticaret hukuku kanunlarında ilk kez yer verilerek ve esasında bir medeni hukuk müessesesi olan dürüstlük kavramına atıf yapılarak düzenlenmiş olması” dikkat çekici ve, sınırları açısından belirsizlikleri de beraberinde getirecek olması sebebiyle, yerindelik açısından tartışmalı olarak değerlendirmiştir. Yazar esas eleştirisini ise, “dürüstlük kuralı”na atıf yapılmasında değil, “ticari” kelimesinin eklenmesine yapmaktadır: “sırf çeviri izlenimi veriyor kaygısından yola çıkılarak, ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalar ibaresinin sanki dürüstlük kuralının özel bir türü olarak nitelendirilebilecek şekilde ve bir hukuki müessese olarak soyut karakteri haiz ticari dürüstlük kavramına dönüştürülmesini, hem saik hem yöntem hem de sonuçları açısından isabetli görmediğimizi ifade etmek isteriz.”, **M. YASAN**, s. 193.

¹³ **N. F. NOMER ERTAN**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler, Yeni Türk Ticaret Hukuku’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), İstanbul, 2012, s. 84.

¹⁴ **N. F. NOMER ERTAN**, s. 84.

¹⁵ **M. HELVACI**, (**H. ÜLGEN/A. KAYA/N. F. NOMER ERTAN**), s. 430. **A. KENDİGELEN**, s. 78.

bir başka deyişle dürüstlük kuralına aykırılığı da içerdiği kabul olunmalıdır. Bu sebeple TTK m.52 f.1 'de ticari dürüstlüğe aykırılık şartının öngörülmesi ile ticaret unvanının koruma kapsamının genişletildiğini, TTK'daki koruma hükümlerinden yara(r)lanmanın eTTK'ya nazaran ticaret unvanı sahibi lehine kolaylaştığını, zira özel koruma hükümlerinden yararlanılabildiği noktasında, ticaret unvanının kullanımının ticaret hayatındaki dürüstlüğe aykırılığının da yeterli görüldüğü yepyeni bir hukuki rejime geçerlik tanındığını ileri sürmek kanaatimizce isabetli bir yorum olamaz.”¹⁶ şeklindeki ifadeler ile MK 2'nin emredici bir hukuk normu olarak zaten “kanuna aykırılık” kapsamı içerisinde olduğu gerekçesiyle yeni düzenlemenin daha geniş bir koruma getirdiği yönündeki yaklaşıma itiraz etmektedir. Hangi görüş tercih edilirse edilsin, her halükârda, tüm özel hukuk ilişkileri bakımından dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu mevcut olduğuna göre, yeni bir ticaret unvanı oluşturacak tacirin, ticaret hayatında da geçerli olan dürüstlük kuralına aykırı bir unvan seçmemesi ve kullanmaması, hem MK 2'nin hem de TK 52'nin gereği olarak kabul edilmelidir. Bu aşamada artık, ticari dürüstlük kuralının veya ticaret hayatında uygulanan dürüstlük kuralının sınırlarını örneklerle belirginleştirmeye çalışmakta yarar bulunmaktadır.

B- Ticari Dürüstlüğün Sınırlarını Belirlemeye Yönelik Örnekler ve İlgili Tebliğ Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Ticaret unvanlarının birbirleriyle karıştırılıp karıştırılmayacağı tespit edilirken ve dolayısıyla ticari dürüstlüğe aykırılığın oluşup oluşmadığı değerlendirilirken kullanılacak ölçütlerin neler olduğu TK'da düzenlenmemiştir. Bu durumda, genellikle marka hukukuna ait kriterlere başvurulmaktadır. Markanın da esasen ürün ve hizmetleri ayırt etme fonksiyonuna sahip olması nedeniyle bu alana başvurulması ilk anda bir fikir olarak makul görülebilir. Fakat iki ayırt edici işaret türünün birbirinden yapısal farklılıkları bulunduğundan¹⁷, ticaret unvanını kendi kanuni çerçevesine uygun olarak değerlendirmek ve bu çerçeve içerisinde ticaret unvanları arasında karşılaştırma yapmak yerinde olacaktır. Örneğin markalar, Türk Patent ve Marka Kurumu'nda (TÜRKPATENT) sınıflara göre tescil edilirler ve bu sınıflar esasen işaretin içeriğinde veya üzerinde görülmemektedirler. Oysa, sermaye şirketleri açısından ticaret unvanlarının

¹⁶ M. YASAN, s. 211.

¹⁷ Öğretide bu husus göz önüne alınarak markalardaki “karıştırılma tehlikesine” dair açıklamaların “ticaret unvanının bünyesine aykırı düşmediği sürece ticaret unvanları için de geçerli” olacağı ifade edilmektedir. M. E. BİLGE, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Ankara, 2014, s. 81.

kullanılacağı faaliyet konularının bir kısmı¹⁸ unvanın zorunlu unsurunu oluşturup, her kullanımda açıkça görülmektedir. O hâlde, ülkemizde ticari faaliyetlerin çok yoğun olarak gerçekleştiği sektörleri belirten “gıda, inşaat, otomotiv” gibi ibareler hem unvanda zorunlu olarak yer alacaklar hem de bu duruma rağmen unvanların birbirlerinden ayırt edilmeleri gerekecektir. Görüldüğü üzere, unvanların birbirine yaklaşması esasen TK’nın kullanımını zorunlu tuttuğu çekirdek unsur nedeniyle gerçekleşmektedir¹⁹. Aynı husus doğaldır ki, tüm ticaret şirketlerinin çekirdek unsurunda yer alması gereken “şirketin türü” ibaresi için de geçerli olup, aynı türdeki şirket unvanlarının son kelimelerinin aynı ibarelerle oluşturulmasından bu sonuç doğmaktadır. Tüm bu açıklamalarımız göstermektedir ki, marka hukukunda kullanılan genel izlenim ölçütü veya bir bütün olarak değerlendirme ölçütünün, ticaret şirketlerinin unvanları açısından aynen uygulanması mümkün değildir²⁰. Zira, çekirdek unsuru bakımından, belirli bir faaliyet alanındaki aynı türdeki şirketlerin unvanı kanuni zorunluluk gereğince benzeşmektedir.

Marka ile unvan arasındaki yapısal farklılıkların bir diğeri de markaların oluşturulması aşamasındaki seçenek özgürlüğünün, unvanlara nazaran çok geniş olmasıdır. Marka olabilecek işaret türleri²¹ her gün gelişmekte olup

¹⁸ Az sayıda faaliyet konusunun anasözleşmede yer alması durumunda, bunların tamamı da unvanda yer bulabilecektir.

¹⁹ Gerçek kişilere ait ticaret unvanının çekirdek unsurunu oluşturan ad ve soyadın ayırt etme işlevini gerçekleştirme açısından öğretilerde eleştirildiğini de vurgulamak gerekmektedir. Zira, aynı ad ve soyada sahip pek çok kişinin mevcut olabilmesi nedeniyle ayırt edicilik fonksiyonunun zarar gördüğü belirtilmektedir. **A. YONGALIK**, *Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler - Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme -*, BATİDER, C. 21, S. 3, 2002, 5-30, s. 19. Ayrıca, öğretilerde haklı olarak belirtildiği üzere “*Ad soyad kullanmanın zorunlu olduğu durumlarda, alınan eklere rağmen ad ve soyadın kısmen de olsa iltibas tehlikesi oluşturmasına, önceki marka sahibi katlanmak zorundadır*”. **M. E. BİLGE**, *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas*, TFM, C. 1, S. 2, 2015, s. 11, 16.

²⁰ “*Unvanın bir bütün olarak oluşturduğu etki üzerinden karar verilir. Kuşkusuz burada göz önünde bulundurulması gereken, unvanın tür ve konu gösteren çekirdek kısımlarının ayırt edici nitelik taşımayacağıdır.*” şeklinde ifade edilen görüş için bkz. ve krş. **M. E. BİLGE**, *Ticari Ad*, s. 84.

²¹ **U. ÇOLAK**, *Türk Marka Hukuku*, İstanbul, 2018, s. 63 vd. **R. KARASU**, **(C. SULUK, T. NAL)**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara, 2021, s. 155 vd. **Z. YASAMAN**, **(H. YASAMAN, T. AYOĞLU, F. YUSUFOĞLU BİLGİN, P. MEMİŞ KARTAL, S. H. YÜKSEL)**, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Ankara 2021, s. 119 vd. **A. L. YILMAZ**, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*, İstanbul, 2017, s. 133 vd. SMK öncesi dönem için bkz. **H. ÇAĞLAR**, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Ankara, 2015, s. 15 vd. **A. KAYA**, *Marka Hukuku*, İstanbul, 2006, s. 16 vd. **Ü. TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012, s. 360 vd.

ses markaları, renk markaları, hareket markalarının başvurularının hangi yöntemler ile yapılabileceğine dair detaylı düzenlemeler Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin²² 7. maddesinde yer bulabilmiş, günlük hayatımızı ve medyada yer alan programları üç boyutlu markalar adeta sarmışlardır²³. Buna mukabil, ticaret unvanları herhangi bir şekil içermemekte ve sadece yazıyla (sayı ve harflerden oluşan ibareler ile) ifade edilebilmektedir²⁴. Dolayısıyla, bir unvan oluşturulurken seçenek özgürlüğünün markalara nazaran daha dar olduğu kanaatini taşımaktayız. Seçenek özgürlüğü azaldıkça farklılaşmak zorlaşabilecektir²⁵. Dolayısıyla, bir unvanın başka bir unvandan ayırt edilmesiyle, bir markanın başka bir markadan ayırt edilmesi kendi yasal çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Öte yandan, 14.02.2014 tarihinden itibaren mevzuatımıza giren ve 1. maddesine göre "...tacirlerin ticaret unvanlarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek" amacını taşıyan Tebliğ'in özenli hazırlanmadığı ve ticari

²² 24.04.2017 T ve 30047 S RG.

²³ **M. F. ŞUA**, "Örtülü Reklamın Yasaklanmasının Marka Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", YÜHFD, 2016/II, s. 54 vd.

²⁴ "şekiller, armalar, mühürler ve amblemler ise unvan olarak tescil edilemezler. Yine, renkler ve renk kombinasyonlarına isimsel etki yüklenmez. Bunlar ancak marka olarak koruma elde edebilirler." **M. E. BİLGE**, *Ticari Ad*, s.83.

²⁵ Üstelik, seçenekleri azaltan toplumsal bazı olguların, ticari dürüstlüğün yorumunda dikkate alınması söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, Koç Holding A.Ş., Eczacıbaşı Holding A.Ş. örneklerinde olduğu gibi Türkiye'de sermaye şirketlerinin unvanlarının ek seçiminde kullanılan en yaygın yöntemlerden birisi "soyadı" tercihidir. Ayrıca, ülkemizin bir veya birkaç şehrine yayılan ve aynı soyadı taşıyan sayıca çok büyük aileler mevcut bulunmaktadır. Bu ailelerin farklı üyeleri kültürel, toplumsal, coğrafi vb. sebepler ile belirli alanlarda (inşaat, tarım, lokanta gibi) kurdukları şirketler aracılığıyla faaliyet göstermektedirler. İşte marka hukukunun sunduğu çeşitli seçeneklerden yoksun olan bu kişiler, soyadlarıyla bir şirket unvanı oluşturmak istemeleri hâlinde, aynı faaliyet alanında "aynı soyadını" ek olarak taşıyan çok sayıda şirket unvanı ile karşılaşmaktadırlar. Ülkemizde en yaygın ticaret şirket türünün limited şirket, sonrasında da anonim şirket olduğu nazara alındığında "tür" konusunda da çakışma olması düşük bir ihtimal değildir. Bu durumda, unvandaki soyadlarının yanına başka ayırt edici ibareler eklemek durumunda kalan şirket kurucuları, esasen soyadı, faaliyet konusu ve şirket türünden oluşan örtüşmeyi silikleştirmek ve farklılaşma sağlamak durumunda kalmaktadırlar. İşte tam da bu noktada, ticaret unvanlarının kanuni yapısını dikkate almak, şirket kurucularının kendi soyadlarının yanına getirecekleri ekler bakımından katı bir yaklaşım sergilememek gerektiği kanaatindeyiz.

dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecek şekilde unvanların oluşmasına yol açabilecek bir lafza sahip olduğu belirtilmelidir²⁶.

Tebliğ'deki temel sorun, ayırt ediciliğin sağlanması için unvanda yer alan işletme konusunun “ilk ibaresinin farklı olmasını” yeterli kabul etmesi, “ibarenin farklı olmasını” tanımlamaması ve “ticari dürüstlük” sınırları ile yeterli ve gerekli bağlantıyı kuramamış olmasıdır.

Gerçekten de Tebliğ 5/3'e göre “Daha önce tescil edilmiş ticaret unvanının eki ile kendi eki aynı olan, ancak ekten sonra gelen işletme konusunu gösteren ilk ibaresi farklı olan ticaret unvanı, ayırt edici bir ek yapılmadan tescil edilebilir”. Tebliğ bu konuda aşağıdaki örneği, ek bölümünde içermektedir:

“B İnşaat Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi” ticaret unvanı daha önce tescil edilmiş ise,

“B Turizm İnşaat Sanayi Anonim Şirketi” ticaret unvanı ayırt edici ek yapılmadan tescil edilebilir²⁷.

Söz konusu düzenlemeye göre eğer “ekler” aynı ise unvanda yer alan ilk işletme konusu “farklı” olmalıdır. Tebliğ'in örneğine göre ilk işletme konusu, çekirdek kısımdaki işletme konuları açısından tek kriterdir. Gerçekten de yukarıdaki örnekte “B” yerine, daha gerçekçi olması açısından bir kelime kullandığımızda,

Önceki unvan : Balıkesir İnşaat Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi

Sonraki unvan : Balıkesir Turizm İnşaat Sanayi Anonim Şirketi

şeklinde “inşaat” işletme konusu ortak olan bir tescile izin verildiği görülmektedir. Bir an için bu düzenlemenin ticaret sicil müdürlüklerine gelen ve her geçen gün artan benzer başvurular karşısında tercih edilmeye çalışıldığı düşünülse dahi, ilk ibarenin farklı olması konusunun bile Tebliğ'de yeteri kadar açık düzenlenmediğini ifade etmemiz gerekmektedir²⁸.

²⁶ Ülkemizde “kanun hazırlama süreçlerinin daha nitelikli ve kapsamlı bir şekilde yürütülmesi gerektiği” yönünde öğretilen haklı olarak belirtilen görüşe katılıyoruz. **M. E. BİLGE, R. KARASU, A. ALTINTAŞ, H. KOÇAK**, s. 780, dn. 27. Bu noktada, ikincil düzenlemelerin de kanuni sınırları aşmayacak şekilde daha özenli hazırlanması gerektiğini vurgulamak isabetli olacaktır.

²⁷ Söz konusu örnek açısından Tebliğ'in sonraki unvanın tescilinde sakınca görmemesi öğretilen açıkça eleştirilmektedir: “bu iki unvan arasında inşaat konusu yönünden ticari dürüstlüğe aykırı olarak iltibas olduğundan, TTK md 52 uyarınca ikinci unvanın tescil edilmemesi gerekir”. **M. E. BİLGE, R. KARASU, A. ALTINTAŞ, H. KOÇAK**, s. 797.

²⁸ Kaldı ki, ilk ibareye sıkı sıkıya bağlanıldığında, işletme konularındaki salt yer değişikliği bile, tamamen aynı kelimelerden oluşan unvanların tescil edilmesine sebebiyet verebilecektir ki, bu konuda hem öğreti hem de Yargıtay faaliyet konularının *YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

Gerçekten de TK 32 ve 52 uyarınca “ticari dürüstlüğe” aykırı unvanların oluşmasına engel olma görevi bulunan ticaret sicili müdürlüklerinin, ilk ibaredeki farklılık²⁹ konusunda aşağıda belirteceğimiz ihtimalleri nazara alması gerekmektedir.

“Farklı” olmak için işletme konusunun sadece “yazımının” farklı olması yeterli sayılabilecek midir? Yoksa aranan işletme konusu farklılığı mıdır? Tebliğ 5/3’deki lafza baktığımızda “ibare” kelimesinin kullanıldığını görmekteyiz: “...ekten sonra gelen işletme konusunu gösteren ilk ibaresi farklı olan ticaret unvanı, ayırt edici bir ek yapılmadan tescil edilebilir”.

Elbette, salt yazım farklılığına dayanarak sonraki unvan tescillerine izin vermemek gerekir. Aksinin kabulü hâlinde, eş anlamlı kelimeler ile ticari dürüstlüğe aykırı unvanlar oluşacaktır.

Şöyle ki, aşağıda verdiğimiz örnekte ilk işletme konusu aynıdır.

- “Harika Hazır Giyim Ticaret Anonim Şirketi”

- “Harika Konfeksiyon Ticaret Anonim Şirketi”

Benzer bir örnek yine eş anlamlı olan “tekstil” ve “dokuma” kelimeleriyle de oluşturulabilir.

Üzerinde düşünülebilecek başka bir örnek ise şu şekilde ortaya çıkabilir:

- Önceki Unvan : Balıkesir İhracat Anonim Şirketi

- Sonraki Unvan : Balıkesir İthalat Anonim Şirketi

Örneğinde “ihracat”, bir ülkede üretilen malların yurtdışına satılması, dış satım anlamına gelirken; “ithalat” ise yurtdışından mal getirme, yurtdışından

farklılaşmasını arayarak Tebliğ’den farklı sonuca ulaşmaktadır. Tebliğ’in lafzı esas alınır ise aşağıda yer alan örnekte sonraki tescile müsaade edilmiş olacaktır.

Önceki Unvan : Balıkesir İnşaat Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi

Sonraki Unvan : Balıkesir Otomotiv İnşaat Sanayi Anonim Şirketi

²⁹ Faaliyet konularındaki ilk ibarenin yeni bir faaliyet alanı olması durumunda ayırt ediciliğin sağlanmış olacağına dair Tebliğ’deki düzenleme öğretide eleştirilmektedir: “Tebliğ’deki faaliyet konularının aynılığı durumunda, faaliyet konularının ilkine başka bir faaliyet türünün ek olarak belirtilmesinin ayırt edicilik kriterini sağladığı yönünde bir ön kabul, her zaman sağlıklı sonuç vermeyecektir. Özellikle aynı şirket türüne ilişkin çekirdek kısmı aynı olan iki farklı ticaret unvanı düşünüldüğünde, faaliyet konularını içeren ek kısmının başına yeni bir faaliyet alanının eklenmesinin ticaret unvanları arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldırdığını söylemek hiç de kolay olmayacaktır”. **M. E. BİLGE, R. KARASU, A. ALTINTAŞ, H. KOÇAK**, s. 797. Söz konusu alıntıda altını çizdiğimiz “ek kısmı” ifadesinin, “çekirdek kısmı” olması gerektiği, en azından anonim, limited ve kooperatif şirketler açısından ifadenin sehven yazılmış olduğu düşünülebilir. Zira söz konusu kıymetli çalışmada da çekirdek kısmın “işletme konusu ve şirketin türüne göre ‘anonim şirket, limited şirket, kooperatif şirket’ ibareleri”ni içerdiği belirtilmektedir. Bkz. aynı makale s. 787. Dolayısıyla, anonim, limited ve kooperatif şirketler bakımından faaliyet konularını içeren kısım “ek” değil “çekirdek” olarak anlaşılmalıdır.

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

satın alma, dış alım anlamına gelmektedir. Her birisi tek yönlü yapıldığı sürece, bu işletme konularının farklı olduğu ileri sürülebilecektir.

Buna mukabil, ihracat yapan tacirlerin ithalat da yaptıkları nazara alındığında bu iki faaliyetin yoğun bir şekilde birlikte yapıldığı da ifade edilebilir. O zaman da ortaya aşağıdaki şekilde bir tablo çıkabilecektir:

- Önceki Unvan : Balıkesir İthalat İhracat Anonim Şirketi
- Sonraki Unvan : Balıkesir İhracat İthalat Anonim Şirketi

Tabii ki yukarıdaki örnekte sonraki unvan, ticari dürüstlüğe aykırı olarak oluşturulmuş kabul edilecektir. Zira, bu işletme konularının birlikte kullanımı çok yaygın³⁰ olup salt sıralamanın değişmesi faaliyet konusunu değiştirmeyecektir.

Kanaatimizce, Tebliğ hükümlerini uygularken ticaret unvanının ayırt edici olması gerekliliğini düzenleyen TK 45 ve “ticari dürüstlüğe aykırı bir biçimde kullanımı” yasaklayan TK 52 hükmünü esas almak gerekmektedir.

Nitekim, yukarıdaki yasal düzenlemelerin uygulanması için kabul edilmiş olan Tebliğ’in 5/1 hükmü de unvanın ayırt edici olması gerekliliğini düzenlemektedir: *Bir ticaret unvanı, Türkiye’nin herhangi bir sicil müdürlüğüne daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olan ek yapılmadan tescil edilemez*. Bu itibarla, aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan ihtimal açısından “işletme konusunu gösteren ilk ibarenin farklı olması” ölçütünün, “işletme konusunun farklılaşmasını da içeren bir ibare” olarak kabul edilmesi TK’ya uygun bir yorum olacaktır. Aksi durumda, Tebliğ 5.3 hükmü, aynı işletme konusu açısından aynı eke izin vermiş kabul edilecek ve bu ihtimalde TK 52’ye tamamen aykırı sonuçlar doğacaktır. Bu durumda da ticari dürüstlüğe aykırı unvanların terkinin davalarının açılması gerekecektir.

Kaldı ki, işletme konusunun sadece ilk ibare açısından farklılaşması bile öğreti ve Yargıtay tarafından yetersiz görülmekte ve tacirlerin faaliyet alanlarının ayrışması beklenmektedir. Dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde ticaret unvanlarının içinde bulunan bütün faaliyet konuları³¹ ve

³⁰ Bazen iki kelime arasına (-) konularak birlikte kullanılmaktadır: ihracat-ithalat, ithalat-ihracat.

³¹ “ticaret unvanlarının içinde bulunan faaliyet alanlarının ayırt edilemeyecek derecede benzer bir nitelikte olması, ticaret unvanlarının karıştırılma riskini artırmaktadır. Kanunla getirilen düzenlemenin açıklığı karşısında Tebliğ’de bütün faaliyet konularının itibas açısından dikkate alınmaması, TTK’nın ticaret unvanlarının korunması için arzu ettiği standartları sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır.” M. E. BİLGE, R. KARASU, A. ALTINTAŞ, H. KOÇAK, s. 799.

hatta anasözleşmede yer alan faaliyet alanları dikkate alınmaktadır³². Gerçekten de özensiz bir şekilde hazırlanmış olan Tebliğ hükümlerinin kesinlikle uygulanamayacak nitelikte olduğu³³ ve düzeltilmesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir³⁴.

Özetle, eğer bir an için ilk ibarenin farklılaşması yeterli kabul edilecek olsa dahi, bu hususu unvanda yer alan ilk faaliyet alanının farklılaşması olarak kabul etmek gerekecektir.

³² “Hatta unvanda yer almayan ancak şirket sözleşmesiyle belirlenmiş olan faaliyet konuları da karıştırılma tehlikesinde esas alınmalıdır”. **M. E. BİLGE**, *Ticari Ad*, s. 85. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus ise uygulamada, ana sözleşmeler hazırlanırken, bazen ana sözleşmeye yazılan faaliyet konuları çok geniş biçimde ve birbiriyle ilgisi olmayan farklı sektörleri içerecek şekilde belirlenmekte ve hatta uzun bir süre yatırım yapılması beklenmeyen alanlar da yazılabilmektedir. Dolayısıyla, önceki tarihli unvana sahip şirketler, ana sözleşmelerinde yer alan işletme konularının bazılarında hiçbir faaliyet göstermemiş olabilirler. Bu durumda sektörel örtüşme nedeniyle ticari dürüstlüğe aykırılığın oluştuğu sonucuna varmamak gerekecektir. Ayrıca, anonim şirketler açısından belirtmek gerekir ki sadece TK 354/1’de sayılan hususlar açısından TK 36/3’deki sicil olumlu söz konusu olacaktır. 354/1’de 36/1’e yapılan atfın esasen 36/3 olması gerektiği ve 354/1’de öngörülen düzenlemenin amacının esasen “354’te sayılanların dışında kalan hususlarda, özellikle ‘işletme konusu’ açısından sicil olumlu fonksiyonunun işlememesini sağlamak olduğu” yönündeki tespit için bkz. **A. KENDİGELEN**, s. 238, dn 46. Bu itibarla, üçüncü kişilerin ana sözleşmenin tüm hükümlerini değil, sadece 354/1’de sayılan hususları bildiği varsayılır. Son olarak belirtmek gerekir ki, *Ultra Vires* kuralını terk eden TK bakımından artık ana sözleşmede yazan işletme konusu hak ehliyetine bir sınırlama getirmemektedir. İşletme konusunun, şirket temsilcilerinin temsil yetkisine bir sınırlama oluşturduğu konusunda bkz. **M. BAHTİYAR**, *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul, 2022, s. 44 vd. Buradan yola çıkılarak öğretide, TK dönemi için artık unvanda yer alan işletme konularının önemini kaybettiği ifade edilmektedir: “Şirketlerin ticaret unvanlarında belirtilen işletme konuları dışında faaliyet göstermeleri durumunda ehliyetsizlik durumunun (*ultra vires*) yeni TTK’yla birlikte kaldırılmasıyla işletme konusunu gösterme esasının önemini kaybettiği söylenebilir”. A. F. ÖZKAN, s. 244. Ayrıca, eTK dönemi açısından, ticaret unvanında işletme konusunun gösterilmesinin sınırlı ehliyet sisteminin gereği olduğu konusundaki açıklamalar için bkz. s. **C. BOYACIOĞLU**, *Ticaret Unvanı*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1995, s. 155 vd.

³³ **M. HELVACI**, (**H. ÜLGEN/A. KAYA/N. F. NOMER ERTAN**), s. 434. Ayrıca, bkz. “İltibas” konusundaki ilkelere aykırılığa işaret eden M. E. BİLGE, *İltibas*, s. 21, dn. 49.

³⁴ “Tebliğ md 5/3 hükmü, TTK’nun unvana ilişkin hükümlerine aykırı olup hukuki bir temelden yoksundur. Tebliğ’deki bu düzenlemenin Kanuna uygun bir şekilde yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.” **M. E. BİLGE, R. KARASU, A. ALTINTAŞ, H. KOÇAK**, s. 798. Yazarlar ayrıca, kapsamlı bir araştırma projesi sonucunda oluşturdukları makalede ticaret unvanlarının tescilli aşamasında ortaya çıkan sorunlara dönük olarak Tebliğ’de yapılacak değişikliklerin yanında kurulması gereken inceleme ve itiraz sistemlerine dair çözüm önerilerini de sunmuşlardır.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise konunun, normlar hiyerarşisi açısından değerlendirilmesidir. Bir alt norm, bir üst norma aykırılık taşıyamayacağı; bir tebliğ, kanuna aykırı olamayacağı³⁵ cihetle bir tebliğin kanuna aykırılık içerdiğinin tespit edilmesi durumunda kanunun uygulanması gerektiği açıktır. Nitekim, Tebliğ hükümlerinin TK 52'ye aykırılık oluşturacak sonuçlar doğurabileceği durumlarda Mahkemelerin doğrudan TK 52'yi uyguladıkları görülmektedir.

Yargıtay 11. HD önüne gelen bir uyuşmazlıkta Tebliğ'in 5. maddesine dayanan ve unvanlar arasında "benzerlik bulunmadığını" belirten bilirkişi raporundaki görüşe itibaren etmeksizin "tarafkların iştiğal sahalarının örtüşmesi" gerekçesiyle doğrudan TK 52'yi uygulamıştır: "Dava, ticaret unvanının terkinini istemine ilişkin olup mahkemece, yukarıda yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş, görüşüne başvurulmuş bilirkişi de **Ticaret Unvanları Hakkındaki Tebliğın 5. maddesi uyarınca unvanlar arasında benzerlik bulunmadığı yönünde rapor ibraz etmişse de, taraflara ait ticaret unvanlarının asıl unsurlarının "B." olduğu, bu yönden birebir aynılık taşıdıkları, tarafların iştiğal sahalarının da örtüştüğü dosya kapsamından anlaşılakta olup buna göre, 6102 sayılı TTK'nun 52'nci maddesi uyarınca davalı şirket ticaret unvanının terkinini şartlarının oluştuğunun kabul edilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir**"³⁶.

Yine, İzmir BAM 11. HD'nin, TK'ya dayanarak ticaret unvanını korumak isteyen davacı hakkında "ticaret unvanının tesciline dair idari nitelikteki tebliğ hükümlerinin somut olayda uygulama yeri bulunmadığı gerekçesiyle" verdiği karar Yargıtay 11 HD tarafından onanmış bulunmaktadır³⁷.

³⁵ Nitekim, Yargıtay da normlar hiyerarşisi gereğince bir alt normun, üst normun kendisine verdiği sınırları aşamayacağını ve üst normu değıştirici sonuçlar doğuracak düzenlemeler içermeyeceğini kararlarında vurgulamaktadır: "Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değıştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır (Kuluçlu, E.: Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, sayı: 71, s. 21; HGK'nun 23.01.2020 tarihli ve 2017/4-1323 E., 2020/59 K.).

Normlar hiyerarşisinde bir alt norm üst norma aykırılık teşkil etmemeli, üst normun kendisine verdiği hukuki sınırların dışına çıkmamalıdır. Hukuk normları arasında var olan hiyerarşinin anayasal ölçüler içerisinde temin edilmesi hususu hukuk devleti açısından da önem taşımaktadır." HGK, E 2017/1230 K 2021/210 T 4.3.2021, www.lexpera.com.tr.

³⁶ 11. HD, E 2015/2488 K 2015/7865 T 08.06.2015, www.lexpera.com.tr.

³⁷ 11. HD E 2020/340 K 4119 T 14.10.2020, www.lexpera.com.tr.

SONUÇ

De lege lata, Tebliğ'in mümkün olduğunca TK'ya uygun biçimde yorumlanması yerinde olacaktır.

Tebliğ 5/3'de yer alan düzenleme, özenli bir biçimde kaleme alınmadığı ve çalışmamızda belirttiğimiz üzere karıştırılmaya yol açan ihtimalleri nazara almadığı için değiştirilmelidir. Yeni düzenleme, ticaret unvanlarının "ayırt edicilik" işlevini esas alacak biçimde hazırlanmalı ve ticari dürüstlüğe aykırı unvanların oluşumuna izin vermemelidir.

Ticari dürüstlüğün sınırlarının çizilmesi aşamasında ise marka hukukundaki karıştırılma tehlikesi kavramına başvururken ticaret unvanının kanuni yapısı ve sadece yazıyla ifade edilebildiği mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, bir marka oluşturulurken, marka olabilecek işaretlerin seçiminde çok geniş bir seçenek özgürlüğü mevcut olmasına rağmen, unvanı oluşturacak ibareler seçilirken dahi çekirdek unsurun kanunen belirlenen çerçevesi içerisinde kalmak zorunludur. Bu itibarla, kısıtlı seçenek özgürlüğüyle oluşan ticaret unvanları arasında kıyaslama yapılırken marka hukukundaki farklılaşma seviyesini beklememek gerekmektedir. Sonuç itibarıyla, bir unvanın başka bir unvandan ayırt edilmesiyle, bir markanın başka bir markadan ayırt edilmesi kendi yasal çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gereken hususlardır.

KISALTMALAR CETVELİ

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
dn.	: dipnot
E	: Esas
eTK	: 6762 Sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İsvBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K	: Karar
krş	: karşılaştırınız
m	: madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun
RG	: Resmî Gazete
S	: Sayı
s.	: sayfa

SMK	: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T	: Tarih
TCC	: Turkish Commercial Code No. 6102
Tasarı	: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TFM	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
Tebliğ	: Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ
TÜRK PATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

- M. BAHTİYAR**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Makaleler II, İstanbul, 2008, s. 177-234.
- M. BAHTİYAR**, *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul, 2022.
- M. E. BİLGE**, *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas*, TFM, C. 1, S. 2, 2015, s. 7-22 (İltibas).
- M. E. BİLGE**, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Ankara, 2014 (Ticari Ad).
- M. E. BİLGE, R. KARASU, A. ALTINTAŞ, H. KOÇAK**, “Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme-”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C 77, S 2, s. 773-812, 2019, (<https://doi.org/10.26650/mecmu.2019.77.2.0010>).
- C. BOYACIOĞLU**, *Ticaret Unvanı*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1995.
- H. ÇAĞLAR**, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Ankara, 2015.
- U. ÇOLAK**, *Türk Marka Hukuku*, İstanbul, 2018.
- Y. KARAYALÇIN**, *Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticari İşletme*, Ankara, 1968.
- A. KAYA**, *Marka Hukuku*, İstanbul, 2006.
- A. KENDİGELEN**, *Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul, 2016.
- S. K. MİMAROĞLU**, *Ticaret Hukuku Dersleri, İşletme Hukuku, C 1*, Ankara, 1967.
- N. F. NOMER ERTAN**, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler*, Yeni Türk

- Ticaret Hukuku'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), İstanbul, 2012, s. 71-88.
- A. F. ÖZKAN**, *Ticaret Unvanlarında Ek Kullanımı*, TFM, C 4, S 2, 2018, s. 239-262.
- C. SULUK, R. KARASU, T. NAL**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara, 2021.
- M. F. ŞUA**, “Örtülü Reklamların Yasaklanmasının Marka Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, YÜHFD, 2016/II, s. 45-68.
- Ü. TEKİNALP**, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012.
- H. ÜLGEN, M. HELVACI, A. KAYA, N. F. NOMER ERTAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2019.
- H. YASAMAN, T. AYOĞLU, F. YUSUFOĞLU BİLGİN, P. MEMİŞ KARTAL, S. H. YÜKSEL, Z. YASAMAN**, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Ankara 2021.
- M. YASAN**, *TTK m.52'ye Göre 'Ticari Dürüstlüğe Aykırılık' Şartının İncelenmesi*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 21, S 2, 2013, s. 191-227.
- A. L. YILMAZ**, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*, İstanbul, 2017.
- A. YONGALIK**, *Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler - Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme* -, BATİDER, C. 21, S. 3, 2002, s. 5-30.

**‡ ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU AŞI
-VAVŘIČKA KARARININ ÖĞRETTİKLERİ-
(MANDATORY VACCINATION IN TERMS OF CONSTITUTIONAL LAW
-THE LESSON LEARNED FROM VAVŘIČKA CASE-)**

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk * **

ÖZ

Zorunlu aşı tartışmaları, kovid 19 pandemisi sürecinde, farklı görüşlerin daha güçlü olarak ifade edildiği biçimiyle tekrar gündeme gelmiştir. Bu kapsamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) Vavřička kararını incelemek zorunlu aşının hukuki rejimini değerlendirmek bakımından yararlı olacaktır. Türk Anayasa Mahkemesinin aşı konusundaki bazı kararları da bu tartışmaya fayda sağlayacaktır. Bu makalede Vavřička kararı kapsamında, zorunlu aşı, vicdani red ve bu bağlamda özgürlüklerin güvenceleri değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Vicdani red, zorunlu aşı, özgürlüklerin sınırlanması ve güvenceleri*

ABSTRACT

Compulsory vaccination discussions have come forward again, during the Covid-19 pandemic, with different views being expressed more strongly. In this context, it will be useful to examine the Vavřička decision of the European Court of Human Rights (ECHR) in terms of evaluating the legal regime of compulsory vaccination. Some decisions of the Turkish Constitutional Court on vaccines will also contribute to this discussion. In this article, compulsory vaccination and the assurance of freedoms will be evaluated within the scope of the Vavřička decision

Keywords: *Conscientious objection, compulsory vaccination, restrictions and guarantees of freedoms*

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 28.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 05.05.2022. Onaylanma Tarihi: 05.05.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı & Yeditepe Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8764-0884.

Esere Atıf Şekli: Sultan Tahmazođlu Üzeltürk, “Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı - Vavřička Kararının Öğrettikleri-”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.467-520.

I-GENEL OLARAK

Zorunlu aşı kavramı pandemi sürecinin getirdiği ortamda yeni olmayan bir tartışmayı yeniden alevlendirmiştir. Özellikle ortamın sıcak atmosferinde aşı karşıtları ve karşıtlara karşı olanlar; kovid aşısı zorunluluğu getiren ve getirmeyenler gibi farklı çatışmalar, bu konuda ölçülü olanlar ve olmayanlar zaman zaman toplumsal gerilime yol açmıştır. O kadar ki aşı karşıtı olan hekimler hakkında soruşturma açılması¹, aşı olmayanlar hakkında hapis cezası öngörülmesi², aşı olmaktansa ölmeyi, “kafasına sıkmayı” tercih edeceğini ifade edenler³ gibi örnekler her coğrafyada kendisini göstermiştir.

Bu çalışmada zorunlu aşının reddi konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Vavříčka kararı eksen alınarak anayasa hukuku açısından zorunlu aşuya ilişkin karşılıklı argümanlar tartışılmaya çalışılacaktır.

Pandemi ile yeniden alevlenen bu eski tartışma anayasa hukuku bakımından nasıl değerlendirilebilir? Topyekün kabul veya topyekün redlere dalmadan sorunu objektif olarak irdelemek anayasa hukukunun hedeflerinden biri olan “toplumsal barışa” da hizmet edecektir⁴.

a-Aşı

Aşının sözlük anlamı, “birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için vücuda verilen, o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik” olarak ifade edilmektedir⁵. Aşının hukuku ilgilendiren boyutu bireyin vücuduna bir maddenin enjekte edilerek vücut bütünlüğünün bozulması olarak ifade

¹ Aşı karşıtı yirmiden fazla hekim hakkında TTB soruşturma başlattı. <https://www.gazeteduvar.com.tr/asi-karsiti-20den-fazla-hekim-hakkinda-ttb-sorusturma-baslatti-haber-1530900>, erişim tarihi 24.9.2021. Aşı karşıtı hekime bir ay meslekten men cezası. <https://www.indyrturk.com/node/414646/haber/ttb-a-C5%9F%C4%B1-kar-C5%9F%C4%B1t-C4%B1-doktor-%C3%BCmit-akta-C5%9Fa-1-ay-meslekten-al-C4%B1koyma-cezas-C4%B1-verdi>, erişim tarihi 24.9.2021. Aşı karşıtı diş hekimi beş ay meslekten men edildi, <https://www.gundemsaglik.net/asi-karsiti-doktor-meslekten-men-edildi/> erişim tarihi 24.9.2021

² Koronavirüs aşısı olmayanlara hapis cezası gelebilir! 5 yıldan 30 yıla kadar, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/koronavirus-asisi-olmayanlara-hapis-cezasi-gelebilir-5-yildan-30-yila-kadar-1850470>, erişim tarihi 24.9.2021. Aşı olmayana hapis cezası! Yeni tip koronavirüs (Kovid-19) salgını ile zorlu bir mücadele veren Asya ülkelerinden Filipinler'in Devlet Başkanı Rodrigo Duterte, virüse karşı aşı olmayı reddeden kişileri hapse atmakla tehdit etti. <https://www.megahaber27.com/asi-olmayana-hapis-cezasi/106254/> erişim tarihi 24.9.2021.

³ Stoa Bükreş(FCSB) futbol klübünün sahibi Gigi Becali” aşı olacağıma kafama sıkırım, bu klüpte aşuya yer yok” diyor. Cumhuriyet haber, 16 Ekim 2021.

⁴“ Aşı karşıtları İstanbul Maltepe'de protesto gösterisi düzenledi”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-58532056>, erişim tarihi 24.9.2021

⁵ <https://sozluk.gov.tr/> erişim tarihi, 24.5.2021.

edilebilir. Vücuda enjekte edilen kimyasal sebebiyle yaşamının ve sağlığının tehlikeye girmesi sağlık hakkına, inancına aykırı şekilde işlem yapıldıysa din ve vicdan hürriyetine, özel hayatına, bu verileri açıklama zorunluluğu sözkonusu ise kişisel verilerine, aşı olmadığı için çalışma veya eğitim olanağı engellendiyse çalışma özgürlüğü ve eğitim hakkına seyahati engellendiyse seyahat hürriyetine müdahaleler söz konusu olacaktır. Üstelik bu müdahaleler daha farklı biçimlerde de karşımıza çıkabilir.

Tüm bu müdahaleler bireyin rızası hilafına yapılıyor ve doğrudan zorla enjeksiyon yapılıyorsa cebir suçuna⁶ yol açacak, bireyin rızası hilafına yapılıyorsa özerkliğine kendi geleceğini belirleme hakkına, müdahale ile karşımıza çıkacaktır. Ayrıca, aşılamanın çocuk üzerinde uygulanmak istenmesi halinde ebeveyn hakları ve sınırları ve çocuğun üstün yararı kavramı tartışma konusu yapılabilecektir.

Görüldüğü üzere ilk bakışta basit gibi görünen aşı son derece karmaşık yapıya sahip bir hak ve hürriyet çerçevesi yaratmaktadır.

b-Aşı nasıl zorunlu olur?⁷

Aşı zorunluluğu temelde “yararlılık” düşüncesini esas alan paternalizmin bir tezahürüdür. Bugün modern hukuk sistemleri ve tıp bilimi paternalist yaklaşımı değil, rıza biçiminde ortaya çıkan bireyin özerkliğini esas almaktadır. Bireyin aydınlatılmış özgür iradesi sonucu ortaya çıkan rıza bireyin vücut bütünlüğüne müdahale etmenin ön şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶R. B. Eрман, Zorunlu Aşı, Ceza Hukuku Derneği Söyleşileri, <https://www.youtube.com/watch?v=0grppYx4roo>, erişim tarihi 24.5.2021.

⁷ Zorunlu aşı konusunda m. 5 Ovideo Sözleşmesinin hazırlık sürecinde yaşanan tartışmalar:

“İkinci paragraf söz konusu olduğunda, CDBI gerekçelerden biri olarak "ulusal güvenliği" korumaya karar verdi.

Bu, Sözleşme’de tanınan hakların kısıtlanmasını haklı gösterebilir. Açıklayıcı Rapor şu şekilde alıntı yapacaktır:

silahlı kuvvetler mensuplarının maruz kaldığı bazı zorunlu eylemlere (aşılar gibi) örnekler... Komite bu maddeyi değiştirmeden kabul etmiştir.

Ancak bir uzman, doktorların bazen bir müdahaleyi gerçekleştirmeden önce hastalarına tüm mevcut bilgileri vermediğini gözlemledi. Başka bir uzman, hastaya verilen bilgilerin bazı durumlarda sınırlı olabileceği, ancak bunun rıza şartlarını bozmadığı görüşündeydi.

Bununla birlikte, Komite üyelerinin çoğunluğu, bilgilerin, diğerlerinin yanı sıra, başarısızlık olasılığı da dahil olmak üzere, müdahalenin sonuçlarıyla ilgili olarak mümkün olduğunca kapsamlı olması gerektiği görüşündeydi.

Son olarak, ilgilinin rızası olmaksızın yapılabilecek zorunlu aşılardan 2. maddenin ikinci fıkrasında halk sağlığına yapılan atıf kapsamında ele alındığı görülmüştür.”

Aşının zorunlu olması farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir. En katı biçimi aşı olunmadığında bireyin rızası hilafına fiziksel olarak zorla doğrudan aşı yapılmasıdır kuşkusuz.

Ancak uygulamada aşının hukuken zorlayıcı hale getirilmesi farklı biçimlerde karşımıza çıkacaktır. Bunlar arasında belli meslek mensuplarına aşı yapma zorunluluğunun getirilmesi, aşı olmayanların hürriyetinin bağlanması, aşı olmamanın suç olarak düzenlenmesi yer alabileceği gibi okul gibi bazı hizmetlerden yararlandırılmaması, işe giriş gibi bazı hususların engellenmesi hatta işten çıkarma ya da ücretsiz izne çıkarma gibi yöntemlerle karşılaşılabılır. Ayrıca bazen yurda, konsere, sinemaya, stada, restorana AVM ye toplu taşıma gibi ortak alanlara girişin engellenmesi de söz konusu olabilir. Bazen bu süreçte para cezasının öngörülmesi de mümkündür. Bir başka seçenek ise izole etmek, ayrımcı davranmak olabilir. Müdahale son derece farklı ölçü ve çeşitlerde karşımıza çıkabilir.

Bu sebeple aşı karşıtlığının sebeplerinin genel olarak ne/ler olduğunu sıralamak, yani karşı tarafı dinlemekle başlamak doğru olacaktır. Sadece Kovid 19 kapsamında⁸ olmamakla beraber aşı karşıtları hangi sebeplere dayanmaktadırlar?

c-Aşı neden reddediliyor?

Yapılan araştırmalar Kovid 19 bakımından en yüksek orandaki red sebebinin hem Kovid 19 un tam olarak bilinmemesi, hem de aşılarına olan güvensizliğin oluşturduğunu göstermektedir. Güvensizlik hem aşı üreten şirketlere, hem de genel olarak aşılarla ilişkin olabilmektedir⁹.

⁸ By The Numbers: Who's Refusing Covid Vaccinations—And Why, <https://www.forbes.com/sites/roberthart/2021/09/05/by-the-numbers-whos-refusing-covid-vaccinations-and-why/?sh=43a3d8a152ea>, erişim tarihi 24.9.2021. Yapılan araştırma cinsiyet farklılığının da aşının reddi konusunda önem taşıdığını göstermektedir. Erkekler kadınlardan daha fazla oranda aşı lanmamayı tercih etmektedirler. ABD örneğinde Cumhuriyetçilerin aşığı reddetme oranı demokratlardan çok daha fazla görünmektedir. Dini inaçlarında aşı karşıtlığında rol oynadığı görülmektedir. Eyaletlerin ve coğrafyanın aşı karşıtlığında etkili olduğu anketlere yansımaktadır. Bireylerin hangi iş alanında çalıştığı da aşı karşıtlığı açısından anlam taşımaktadır. Tarım işçileri en yüksek oranda aşı karşıtı iken, teknoloji sektöründeki işçiler ve finansal hizmetlerde çalışanlar en yüksek oranda aşığı kabul edenler arasında yer almaktadır. Bireylerin yoğun olarak hangi televizyon kanalını takip ettikleri de aşı karşıtlığı bakımından anlamlandırılmıştır. MSNBC izleyenler en yüksek aşı kabul oranına sahiptir. Bireylerin eğitim düzeyi de aşı reddi konusunda önem taşımaktadır. Üniversite mezunları arasında aşı red oranı en düşük seviyededir.

⁹ Nilsson, Anna. "Is Mandatory Vaccination Against COVID-19 Justifiable Under the European Convention on Human Rights?", GC Human Rights Preparedness, 15 April 2021, <https://gchumanrights.org/preparedness/article-on/is-mandatory-vaccination-against-covid-19>
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

Aşı reddinde ikinci büyük red sebebi aşılardan yan etkisinden kaynaklanan endişelerdir. Aşı reddinde üçüncü yoğun grup, aşının ölümü önlemediğini düşünmektedir. Burada aşının acil onay almasına ilişkin endişeler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle kovid aşısının reddinde, aşının DNA yı değiştirdiği, kısırlığa yol açtığı, alerjik reaksiyona yol açtığı iddiaları da yaygındır¹⁰.

Genel olarak aşı reddinde ise tıbbi, kültürel ve dini nedenlerin etkili olduğu ifade edilmektedir. Özellikle çocuk aşılarının otizme yol açtığı iddiası yaygındır¹¹.

Aşı konusundaki ticari kaygılar da aşının reddinde önemli bir faktör olarak dikkate değer¹².

Aşının en yoğun red sebeplerinden biri inançtır. Dinsel temelli olan veya olmayan laik veya laik olmayan sebeplerle aşının reddi ayrı bir değerlendirmeye ihtiyaç duymaktadır.

d-Vicdani Red-İnanç sebebiyle aşının reddi-

Din ve vicdan hürriyetinin getirdiği güvenceler bir toplumun çoğulcu yapısının temel taşlarından birisidir. Bu sebeple çoğulcu demokrasinin de olmazsa olmaz araçlarından birisidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”nü demokratik toplumun çoğulcu

[19-justifiable-under-the-european-convention-on-human-rights.html](https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/gelen-tepkilerin-ardindan-fatih-erbakandan-bir-asi-aciklamasi-daha-1869922), erişim tarihi 15.10.2021

¹⁰ Fatih Erbakan: “mRNA demek insanın hücre çekirdeğine girmek demektir. Yarı insan yarı maymun çocuklar doğurmasına sebep olabilirsiniz. 3 kulaklı 5 gözlü yaratıklar doğmasına yol açabilir”, açıklamasının ardından başka bir yazılı açıklamada bulunmuştur: “**Ancak gereksiz aşılama taraftarı da değiliz. mRNA aşılarını son derece riskli görüyoruz ve halkımıza, hele hele çocuklarımıza uygulanmasını asla doğru bulmuyoruz. Türk aşısı dahil olmak üzere, faz ve ruhsat aşamaları bitmemiş hiçbir aşının uygulanmasını da doğru bulmuyoruz. Ancak bir kimse işinden ekmeğinden olmakla karşı karşıya kalıp, mecburen bir aşı olmak durumundaysa veya aşı olmadan eğitimine devam edemediği için aşı olmaya mecbur kalıyorsa; bu durumda mRNA aşılarını değil, 'ehven-i şer' olarak inaktif, geleneksel aşılara tercih etmelidir görüşündeyiz**”<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/gelen-tepkilerin-ardindan-fatih-erbakandan-bir-asi-aciklamasi-daha-1869922>, erişim tarihi 24.9.2021.

¹¹ Türkiye’de aşı karşıtlığı artıyor, <https://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyede-a%C5%9F%C4%B1-kar%C5%9F%C4%B1tl%C4%B1%C4%9F%C4%B1-art%C4%B1yor/a-43363918>, erişim tarihi 24. 9.2021.

¹² <https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/33-asinin-tarihcesi>, erişim tarihi, 7.10.2021. Aşı üretimi hem Osmanlıda hem de cumhuriyet tarihinde önemli ve başarılı bir süreç yaşamıştır. 1996 da aşı üretiminin kesilmesi, aşılardan satın alınmasının tercih edilmesi, ardından alım garantileri verilerek aşılardan satın alınması süreci bireylerde kaygı yaratan gelişmeler olarak zikredilebilir.

temellerinden biri olarak algılanmakta ve “ateistler, agnostikler, kuşkucular ve konuyla ilgilenmeyenler” bakımından da değerli bir kazanım olarak nitelendirilmektedir¹³.

“Bir kişi veya grubun vicdandan kaynaklanan üstün gereklilik adına kanuni yükümlülüklerini yerine getirmekten bilinçli olarak kaçınması¹⁴” vicdani red olarak ifade edilmektedir. Aşılamanın zorunlu olması halinde vicdani sebeplerle reddi “vicdani red” kapsamında ifade edilecektir¹⁵. Yaygın olarak askerliğin inanca dayalı olarak reddedilmesi olarak kabul edilen vicdani red hakkı, her zaman dini veya vicdani saiklere dayanmamaktadır. Bireyler kendilerince haklı olduğunu düşündükleri dini, felsefi, siyasi, ahlaki sebeplerle¹⁶ de bir yükümlülüğü reddettiğinde bu kavram genel olarak “vicdani red” olarak nitelendirilmektedir. Vicdani red hakkı aynı zamanda demokratik sistemlerin belirleyici özelliklerinden biri olan uzlaşma yönünde her türlü müzakereyi dışlayan bir “çatışma çözme tekniği” olarak da nitelendirilmiştir¹⁷.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, "conviction" kavramının basit kanaat ve fikirlerden ayrıldığına ve "belli derecede gücü, ciddiyeti, önemi ve uyumu " yansıtan görüşleri ifade ettiğini ve dinsel veya felsefi olabileceklerini belirtmektedir¹⁸. İHAM veya ulusal makamların dinin ve inancın ne olduğuna karar verme yetkisinin olması hak ihlallerine yol açma potansiyeli taşımaktadır. Ancak, bazı inançlar bakımından tereddüt yaşanması da anlaşılabilir. Örneğin Kopimizm¹⁹,in veya Pastafaryizm²⁰ in din olup olmadığı bile yargı kararlarına konu olabilmektedir. Bu sebeple

¹³ Kokkinakis v. Greece, 25 May 1993, pg. 31.

¹⁴ A. E: Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ekim 2001, Doktora Tezi, s.283.

¹⁵ Steve Clarke, Alberto Giubilini, Mary Jean Walker, Conscientious Objection to Vaccination, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5324623/> erişim tarihi, 27.9.2021.

¹⁶ <http://www.bianet.org/2003/05/14/19017.htm>

¹⁷ A. E: Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**,s.283.

¹⁸ Campbell and Cosans v. UK. A 48, pg. 36. (1982). Anayasa Mahkemesinin de bu arada Semavi olan ve olmayan dinler arasında dini tahkir sebebiyle cezaların farklı olmasından dolayı verdiği ve semavi olmayan dinleri de Anayasa koruması altında gördüğü kararını hatırlatmak gerekir.

¹⁹ Kopimizm, internette dosya paylaşımı dini olarak ifade edilmektedir. Kilise kurucusu Isak Gearson dur. Liderleri Webrazzi'dir. Tanrısı olmayan dinin kutsal sembolleri CTRL+C ve CTRL+V dir.

²⁰ Uçan Spagetti Canavarı Kilisesi mensuplarıdır. Lideri Mienke Wilde dir. Resmi fotoğraflarda makarna süzgeci ile poz verme talepleri reddedilmiştir. Hollanda mahkemeleri Pastafaryizm in din olmadığına karar vermiştir.

inancın ne olduğundan ziyade, inancın “samimiyeti” testinin daha özgürlükçü bir yaklaşım olacağı söylenebilir.

Bireylerin belli bir yükümlülüğü reddetmesi örnekleri çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Bunun en yaygın örneğine askerlik hizmetinin reddi konusunda rastlanmaktadır. Hatta vicdani red kavramı askerlik hizmetinin reddi ile özdeşleşmiş ve sadece onu karşılar biçimde yaygın olarak kullanılmaktadır. Ancak bunun yanında okullarda din dersinin, yoga eğitiminin ya da cinsel eğitim dersinin reddi, belli alanlarda vergi ödemeyi red, doğum kontrol hapı vermenin, aşılmanın, kürtaj operasyonuna tıbbi yardım vermenin, motosiklet kullanırken kask kullanmanın reddedilmesi gibi çok geniş bir alanda bireylerin yükümlülük ve ödevleri reddettiği örnekler görülmektedir²¹.

Dini veya dini olmayan inançlar temelinde zorunlu aşı da bu başlık altında tartışılması gereken konulardan biridir ve tartışılmaktadır. Aşı bağlamında vicdani reddin lehinde ve aleyhinde argümanlar üretilmiştir. Vicdani reddin aşı için de uygulanmasına karşı olanların kullandığı iki argüman not edilebilir: İlki askerlik sebebiyle vicdani reddin toplum tarafından kabulünü ve etkisini azaltma riski oluşturması; diğeri ise askerlik sebebiyle vicdani reddin karşılığı olarak gerçekleştirilen toplumsal yükümlüğünün aşı sürecinde bulunmamasıdır²². Bazı örneklerde vicdani red

²¹ D. McConnell, *Conscientious Objection in Health Care: Pinning down the Reasonability View*, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, Volume 46, Issue 1, February 2021, Pages 37–57, <https://doi.org/10.1093/jmp/jhaa029>, <https://academic.oup.com/jmp/article/46/1/37/6054702>, erişim tarihi 24. 9. 2021. Farklı örnekler için bkz. <https://www.historyofvaccines.org/index.php/content/articles/scientific-method-vaccine-history>, erişim tarihi 25.5.2021. Ayrıca, bkz. S.T. Üzeltürk, *Vicdani Sebeplerle Askerliğin Reddi Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan.

²² Steve Clarke, Alberto Giubilini and Mary Jean Walker, *Conscientious Objection to Vaccination Bioethics* ISSN 0269-9702 (print); 1467-8519 (online) doi:10.1111/bioe.12326 Volume 31 Number 3 2017 pp 155–161, file:///C:/Users/Sultan/Downloads/Conscientious_Objection_to_Vaccination.pdf, erişim tarihi 27.9.2021. Ayrıca bkz. [Eula Biss-Mavis Biss](https://www.theatlantic.com/family/archive/2019/07/anti-vaxxers-conscience-morals/594646/), *Are Anti-vaxxers Conscientious Objectors?*, <https://www.theatlantic.com/family/archive/2019/07/anti-vaxxers-conscience-morals/594646/>, erişim tarihi 27.9.2021. Isabelle Dumont, *Jocelyn Maclure, Secular and Religious Reasons for Conscientious Objection*, 2021, Vicdani reddin secüler sebeplerle yaygınlaştırılmasının askeri alanda vicdani redde ilişkin desteği azaltabileceği kaygısı için bkz. [Morten Magelssen, Nhat Quang Le, Magne Supphellen](https://www.yuhfd.org/), *Secularity, Abortion, Assisted Dying and the Future of Conscientious Objection: Modelling YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

talebinde bulunanlardan toplumsal hizmet istenmediği de bu bağlamda hatırlanmalıdır. Bazı yazarlar bu alanda vergi türü bazı toplumsal yükümlülükler ve katkı yükümlülüğünün getirilebileceğini ileri sürmektedirler²³. Vicdani red hakkını kabul eden devletin normal askerlik hizmetinden daha uzun bir süre için farklı bir hizmet öngörmesi de 14. maddenin ihlali olarak kabul edilmemiştir²⁴. Bazı dini gruplar için farklı hizmet yükümlülüğünün dahi kaldırılması (İsveç’de yehova şahitleri için ne askerlik hizmeti, ne de alternatif hizmet yükümlülüğü vardır. Ancak bu sadece yehova şahitleri için geçerlidir) karşısında başkalarının Sözleşmenin 14. Maddesinden kaynaklanan haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir²⁵.

e-Vicdani Red Konusunda Çek Ulusal Mahkemelerinin Yorumu:

Vavrička davası henüz Çek iç hukuk sürecindeyken de vicdani red sorunu gündeme getirilmiştir.

the Relationship Between Attitudes, <https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-019-0408-4>, erişim tarihi, 27.9.2021. Aşı konusunda vicdani red form örneği için bkz. Minnesota Conscientious Exemption to Vaccination, <https://vaccinesafetycouncilminnesota.org/wp-content/uploads/2016/09/MinnesotaExemption.pdf>, erişim tarihi 27.9.2021. : “VR(vicdani red) ile askerlik ve VR ile aşı arasındaki analogiyi incelememiz, başladığımız iki soruyu yanıtlamak için yararlıdır: insanların aşıya vicdanen itiraz etme hakkına sahip olup olmadığı; ve aşılama için VR'nin hangi kısıtlamalara veya gereksinimlere tabi olması gerektiği. İkinci soruyla ilgili olarak, ahlaki değerlendirmelere ve askerlik hizmetini çevreleyen politikanın analizine dayanarak, vicdani retçilerin itirazları kamu yararına katkıda bulunma görevini yerine getirmelerini engellediğinde iki yükümlülüğü olduğunu savunduk. Bunlar, itirazlarının samimiyetini gösterme, topluma orantılı katkı sağlama yükümlülüğüdür. Başka bir görevin yerine getirilmesi için bir gereklilik getirilmesi, çoğu durumda samimiyetin bir göstergesi olarak işlev görecektir, böylece her iki yükümlülüğü de yerine getirecek ve politikanın, samimiyetin doğrulanmasıyla ilgili zorlukların üstesinden gelmesine olanak tanıyacaktır. Aşılama durumunda, topluma orantılı bir katkı olmamasına rağmen, retçilerin devlete maddi bir katkı yaparak (ceza veya yardıma erişim eksikliği yoluyla) bu görevi yerine getirebileceklerini savunduk. itirazlarının topluma yüklediği risk derecesi. Risk derecesi, potansiyel zararların ciddiyetini ve olasılığını içerdiğinden, aşılama riskinin hesaplanması, ilgili topluluktaki mevcut aşı kapsamı seviyelerine atıfta bulunacaktır. Böyle bir sistemde, genel aşı kapsamı azaldıkça, aşı yapmayanların ihtiyaç duyduğu mali katkı artacaktır. Bulaşma riski çok önemli olduğunda ve hastalık yeterince şiddetli olduğunda, bu sistem hemen hemen herkesin karşılayamayacağı kadar külfetli bir mali tazminat anlamına gelecektir.”

²³ Steve Clarke, Alberto Giubilini, Mary Jean Walke, Conscientious Objection to Vaccination, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/bioe.12326>, erişim tarihi 19.10.2021

²⁴ Autio v. Finland, (17086/90), DR. 72, s. 245, (1991).

²⁵ N. v. Sweden, (10410/83), DR. 40, s. 203.(1984).

Çek Anayasa Mahkemesine göre özetle, zorunlu aşılama, demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, sağlığının ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için açıkça gerekli bir önlem olduğundan, ilke olarak, birinin dinini veya inançlarını özgürce açıklama temel hakkının kabul edilebilir bir sınırlaması anlamına geliyordu. Ancak, bu sınırlamanın anayasal gerekliliklere uygun yorumlanması için, bu kişinin direncinin bireysel yönleri veya motivasyonları ne olursa olsun, herhangi bir kişi için aşı yükümlülüğünün koşulsuz olarak uygulanmasını gerektiremez. Çek Anayasa Mahkemesi yapılan başvuruda “laik vicdani red” iddialarını şu testi yaparak değerlendirmiştir:

- (1) vicdani redde yer alan iddiaların anayasaya uygunluğu;
- (2) temel hürriyet sahibinin itirazını desteklemek için ileri sürdüğü gerekçelerin önemi;
- (3) o kişinin iddiasının tutarlılığı ve ikna ediciliği;
- (4) laik bir vicdani red hakkının kabul edilmesinin belirli bir durumda sahip olabileceği sosyal etki.

Zorunlu aşı sebebiyle laik vicdani red talebinde bulunanlar zorunlu aşının bireyin vücut bütünlüğüne müdahale olması yanında, ebeveynin çocukları üzerindeki haklarına da müdahale ettiğini ifade etmekteydiler. Anayasa Mahkemesi yukarıdaki testi somut olayda şu şekilde uygulamıştır: İlk olarak, tüm temel haklar arasında optimal dengenin bulunması gerekmektedir. Bu durumda yukarıdaki ilk sorunun yanıtı olumludur. İkinci olarak, zorunlu aşılama karşı vicdani reddin altında yatan nedenlerin önemi dikkate alınmalıdır. Anayasa Mahkemesine göre bu sebepler doğası gereği öznelidir. Ancak Anayasa Mahkemesi bir kişinin sağlığına dönülmez zararlar verme inancının da potansiyel olarak bulunduğunu tespit etmektedir. Çocuklarının yasal temsilcisi olarak başvuru sahiplerinin aşılama kaçınma konusunda menfaatlerinin varlığı Anayasa Mahkemesi tarafından teslim edilmiştir. Yani testteki 2. sorunun yanıtı da olumludur.

Anayasa Mahkemesine göre, laik bir vicdani reddin temelinde yatan iddiaların inandırıcı ve tutarlı karakteri ad personam olarak değerlendirilmelidir ve nesnel doğruluk testine tabi tutulamaz; bu iddiaların içeriği, değerlere dayalı bir unsurdan yoksun olmamalı veya sosyal çevreyle güçlü bir şekilde çelişmemeli, her şeyden önce bu iddialarda bulunan ve ona en yakın olanlarla bir araya gelmelidir. Ancak somut olayda başvuru sahibi vicdani red iddiasını yargılamanın son aşamasında dile getirmiştir. Anayasa Mahkemesi kişinin vicdanının dışavurumunda belirsizlik olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu testin bir tür “inancın samimiyeti” testi olduğu söylenebilir. Bu sebeple testin 3. sorusunun yanıtı olumlu değildir.

Nihayet laik vicdani reddin toplumsal etkisi de dikkate alınmalıdır. Somut olayda bunun anlamı, aşılamanın istenilen seviyede gerçekleştirilmesi gereğinin hesaba katılmasıdır. Bu tür istisnaların kural haline gelmesine izin verecek sonuçlara yol açılmamlıdır. Anayasa Mahkemesi laik bir devlette vicdani reddin laik olup olmamasına farklı sonuçlar bağlanmaması gerektiğini de belirtmektedir.

Sonuç olarak Çek Anayasa Mahkemesine göre; din ve inanç temelinde talep edilen vicdani red hakkı bağlamında zorunlu aşının reddi, güçlü sebeplere dayanan ve sınırlı olarak algılanan bir istisna olarak kalmalı, belirli bir dine inanan veya belirli bir inancı savunan bir grup kişiye otomatik olarak verilen bir muafiyet olmamalıdır. Bu sonuç, laik bir vicdani red itirazının ileri sürüldüğü durumlarda da aynı kuvvetle geçerlidir. Bir yasal görevden muafiyet aşısı yükümlülüğüne tabi olan kişi veya bu kişiyle yakından bağlantılı kişiler (o kişi, o kişinin çocuğu vb.) açısından ve ancak istisnai durumlarda kabul edilebilir. Aksi düşünce Anayasa Mahkemesine göre zorunlu aşılamanın halk sağlığının korunmasına hizmet ettiği gerçeği ile çelişmektedir²⁶.

Vicdani red tartışması İHAM önünde de dikkate alınmıştır.

f- Vavříčka ve Diğerleri Kararında Vicdani Red Tartışması²⁷- “Ebeveyn Vicdani”

Başvurucular davada din ve vicdan hürriyetinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Hükümet ise bu iddia karşısında “başvurucuların gerekçelerinin esas olarak sağlıkla ilgili olduğu, din ve vicdan hürriyeti bakımından bir temeli bulunmadığını ve ayrıca tedbirlerin herkese genel ve tarafsız şekilde uygulandığını” ileri sürmektedir.

Başvurucular iddialarında ebeveynlerin aşının insan sağlığına zarar verdiğini düşündükleri için çocuklarına vicdanen aşısı yapılmasını istememelerinin de bir inanç olduğunu belirtmişler ve “**ebeveyn vicdani**” kavramını kullanmışlardır.

²⁶ Aynı değerlendirme Yüksek İdare Mahkemesinde de yapılmıştır: Yüksek İdare Mahkemesi Başvurucunun dini ve felsefi inançlarının korunmasına yargılamanın son aşamasına kadar dayanmadığını, ancak sonunda söz konusu inancı açıklamasına rağmen dinine ve aşılamanın neden olduğu potansiyel müdahalenin derecesine ilişkin herhangi bir somut argüman ileri sürmediğini ve bu nedenle halk sağlığının korunmasına yönelik menfaatin başvurunun diniyi veya inançlarını açıklama hakkından daha ağır bastığını ifade etmiş ve davayı reddetmiştir.

²⁷Vavříčka ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti, 47621/13 sayılı başvurular ve diğer beş başvuru, 8 Nisan 2022, Büyük Daire.

Davada Fransız temsilci kuralın herkese tarafsız ve nötr olarak uygulanması sebebiyle din ve vicdan hürriyetinin ihlalinin olmadığını belirtirken, Alman temsilci, aşı zorunluluğunun 9. Madde ihlali oluşturup oluşturmadığı konusunda şüphe duymaktadır. Söz konusu hükmün her türlü inanç ve düşünceyi korumadığını ve aşı karşıtlığının da çoğunlukla inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem düzeyine ulaşmadığını belirtmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, kararda aşının reddinin din ve vicdan hürriyeti bağlamında korunmayacağı sonucuna varırken somut dava bağlamında şu hususlara dayanmıştır:

- Başvurucuların hiçbiri din temelli başvuruda bulunmadıkları için “düşünce ve vicdan özgürlüğü” bağlamında değerlendirme yapılacaktır.
- Somut başvuruda iddiaların tutarlılığı ve inandırıcılığının önemi vurgulanmış ve başvurunun esas olarak “sağlık” la ilgili olduğu, felsefi ve dini yönlerin ise sonradan ve ikincil olduğuna ve geç ileri sürüldüğüne işaret edilmiştir.
- Düşünce, din ve vicdan hürriyetine yapıldığı iddia edilen müdahalenin yoğunluğu bakımından da somut bir argüman ileri sürülmemiştir.
- 9. Madde bakımından şikayetini yeterince belirtmediği ve doğrulamadığı için başvuru 9. Madde korumasından yararlanmak için yeterli bir inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem taşıyan iddialarda bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak aşının reddi hususu somut vakada düşünce, din ve vicdan hürriyeti korumasından yararlanmamıştır. Ancak bu sonuç, başka bir somut durumdaki inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem taşıma kavramları ile örtüştüğünde, somut olarak müdahalenin yoğunluğu ortaya konulduğunda farklı sonuçlara ulaşmak mümkün olabilecektir. Bu bağlamda kararda bir karşıoy kullanan Yargıç Wojtyczek, “Tıbbi müdahalenin doğasında var olan bir riskin alınmaya değer olup olmadığı konusu, bu hüküm tarafından korunan kişisel bir inanç meselesi olabilir. Ayrıca, davanın olaylarını müteakip yerel içtihat hukukundaki gelişmelere atıfta bulunmak ve bu müteakip içtihat tarafından açılan yolları araştıramadıkları ve bazı iddialarda

bulunamadıkları için, geriye dönük olarak, başvurularını suçlama”nın sorunlu olduğu kanaatindedir²⁸.

Sonuç olarak; Aşı konusunda vicdani red tartışması tüketilmiş bir tartışma değildir. Vicdani red hakkının koruduğu hukuki değer nedir sorusu önemlidir. Burada en açık yanıt vicdani kanaatlerin hukuk düzenleri tarafından “**rasyonel, tutarlı, doğru, ahlaklı, güzel, makul, ya da estetik**” oldukları için değil, bireyin subjektif tercihine saygı bağlamında korunmak zorunda olmasıdır²⁹.

Bu sebeple zorunlu aşının reddi konusunda dini inanç sebebiyle aşının reddi ile, inanç dışı sebeplerle aşının reddine farklı hukuki sonuçlar bağlamak mümkün olmamalıdır. Bireyin subjektif tercihine değer atfetmenin temelinde bireyin özerkliği ve kendi geleceğini tayin hakkı yatmaktadır. Söz konusu kavramlar demokrasi ile de yakın bağlantı içindedir. Ayrıca aşı zorunluluğunun hukuka uygunluğu bakımından da bu alanda bir istisnanın yer alması önemli bir argüman olacaktır.

II-ZORUNLU AŞININ ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN HUKİKİ REJİMİ

Yukarıda sayıldığı gibi zorunlu aşı bir çok anayasal hak ile yakından ilişkilidir. Anayasal bazda en doğrudan ilişki bireyin vücut bütünlüğüne müdahale olarak ifade edilebilir. İHAS sistemi içinde ise doğrudan ilişki Sözleşmenin 8. Maddesinde korunan özel hayat hakkı ile kurulabilir.

1982 Anayasasının 17. Maddesi “herkesin yaşama maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmesi ve ardından “vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı”ndan söz edilmektedir. Anayasanın 15./2. Maddesinde ise bireyin maddi ve manevi varlığının olağanüstü hallerde dahi dokunulmazlığı vurgulanmaktadır.

Bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahale ise anayasaya göre iki koşulda mümkündür:

İlki; tıbbi zorunluluklar diğeri ise kanunda yazılı hallerdir. Madde işkence ve eziyet yasağını mutlak olarak düzenlerken, kimsenin insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya veya “muameleye” tabi tutulamayacağına yer vermektedir.

²⁸ Yargıç Wojtyczek’in Karşılığı: “Her halükarda, vicdani ret temelinde aşılama yükümlülüğünün istisnalarının yasal olarak tanınması, söz konusu yükümlülüğün Sözleşme’ye uygunluğu lehinde çok önemli bir argümandır”.

²⁹ O. Can, “Vicdani Red Anayasal Bir Hak mı?, **Radikal**, 12.7.2005.

Ayrıca Anayasanın 12. ve 13. maddelerindeki sınırlama ve güvence ölçütlerinin bireyin maddi ve manevi bütünlüğü bakımından da uygulanacağını eklemek gerekir.

Anayasanın 20. Maddesindeki “herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı” ile birlikte değerlendirildiğinde anayasa bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü güvence altına almak bakımından yeterli anayasal güvencelere sahip bulunmaktadır.

Son derece karmaşık ve hassas dengeler üzerine oturan zorunlu aşı kavramı nasıl dengelenecektir? Ovideo Sözleşmesi 2. Maddesinde toplum ve bilim karşısında insanın önceliğini vurgulamaktadır³⁰. Türkiye Sözleşmeye taraftır. İnsanın ve onurunun önceliği tüm sözleşmeye hakim bir ilke olarak kabul edilmektedir.

Konuya ilişkin en özel sözleşme olan Ovideo Sözleşmesi 5. Maddesinde “muafakatten söz etmektedir. Buna göre, sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muafakat vermesinden sonra yapılabilecektir. Ayrıca müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgilendirme yapılmalıdır. Ve nihayet kişi muafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir. 164 nolu sözleşmenin açıklayıcı raporunda³¹ müdahalenin

³⁰ Sözleşmenin 2. Maddesinin açıklayıcı raporu şu şekildedir: Madde 2 – İnsanın önceliği
21. Bu madde, insanın bilimin veya toplumun karşısında önceliğini teyit etmektedir. Aralarında bir ihtilaf olması durumunda prensipte ikincisine göre öncelikli olması gereken birincisine öncelik verilir. Bu ilkenin önemli uygulama alanlarından biri, bu Sözleşmenin V. Bölümünün hükümlerince kapsanan araştırma ile ilgilidir.

22. Amacı insan haklarını ve onurunu korumak olan tüm Sözleşme, insanın önceliği ilkesinden esinlenmiştir ve tüm maddeleri bu ışıkta yorumlanmalıdır.

³¹ Madde 5 – Genel kural- açıklayıcı rapor.

34. Bu madde rıza ile ilgilidir ve uluslararası düzeyde zaten yerleşik bir kuralı, yani hiç kimsenin rızası olmadan prensipte bir müdahaleye zorlanamayacağını teyit eder. Bu nedenle insanlar, kendilerini ilgilendiren herhangi bir müdahaleye rızalarını özgürce verebilmeli veya reddedebilmelidir. Bu kural, hastaların sağlık profesyonelleri ile olan ilişkilerinde özerkliğini açıkça ortaya koymakta ve hastanın isteğini göz ardı edebilecek paternalist yaklaşımları sınırlandırmaktadır. "Müdahale" kelimesi en geniş anlamıyla 4. maddede olduğu gibi anlaşılmaktadır - yani, tüm tıbbi eylemleri, özellikle önleyici bakım, teşhis, tedavi, rehabilitasyon veya araştırma amacıyla yapılan müdahaleleri kapsar.

Rızalarının geçerli olması için, söz konusu kişilerin, düşünülen müdahale ile ilgili gerçekler hakkında bilgilendirilmiş olmaları gerekir. Bu bilgiler müdahalenin amacını, yapısını ve sonuçlarını ve ilgili riskleri içermelidir. Müdahalede veya alternatif eylem planlarında yer alan riskler hakkındaki bilgiler, yalnızca tasarlanan müdahale türünün doğasında bulunan riskleri değil, aynı zamanda yaş veya diğer patolojilerin varlığı gibi her bir hastanın bireysel özellikleriyle ilgili riskleri de kapsamalıdır. Hastalar tarafından yapılan ek bilgi talepleri yeterince cevaplanmalıdır.

“tüm tıbbi eylemleri, özellikle önleyici bakım, teşhis, tedavi, rehabilitasyon veya araştırma amacıyla yapılan müdahaleleri” kapsayacağı işaret edilmiştir. Doğal olarak bireyin aşılınması da müdahale kapsamı içinde yer alacaktır.

A-YASALLIK

Temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması hem ulusal hem de uluslararası hukuk bakımından klasik hürriyet rejiminin temel güvencelerinden biridir. Hak ve hürriyetlerin demokratik meşruiyeti güçlü olan yasama organının yasa niteliğindeki hukuki işlemi ile sınırlandırılabilmesi, muhalefetin bu süreçte dahil olması, parlamentonun aleni tartışma ortamında tartışılması, oylanması önemli güvenceler olarak kabul edilmektedir. Elbette hürriyeti sınırlayan yasal düzenlemenin maddi boyutu yani genel, soyut, sürekli düzenlemeler getirmesi de bu anlamda önem taşımaktadır. Anayasamız temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenlerken, İHAM sisteminde “as to the law” kavramına yer verilmiştir. Sunday Times kararı sonrasında da devam eden içtihatla kanunla sınırlamadan sadece şekli anlamda kanunun değil, maddi anlamda kanunun da anlaşılacağını belirtmiştir. Ancak yine İHAM kararları dikkate alınarak kanunla sınırlamanın ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerinin de vurgulandığı görülür.

İHAM nin yasallık bakımından ortaya koyduğu kriterler birçok kararında da ifade edildiği gibi ³² “ulaşılabilir ve etkileri öngörülebilir” olmasıdır.

Rıza açık veya zımni, sözlü veya yazılı olabilir. Rıza özgürlüğü, rızanın herhangi bir zamanda geri alınabileceğini ve sonuçlar hakkında tam olarak bilgilendirildikten sonra ilgili kişinin kararına saygı duyulacağını ifade eder. Ancak bu ilke, örneğin, bir ameliyat sırasında hastanın rızasının geri alınmasına her zaman uyulması gerektiği anlamına gelmez. Mesleki standartlar ve yükümlülükler ile bu gibi durumlarda 4. madde kapsamında geçerli olan davranış kuralları, doktorun, hastanın sağlığını ciddi şekilde tehlikeye atmadan kaçınmak için ameliyata devam etmesini zorunlu kılabilir.

39. Ayrıca, Sözleşme'nin 26. Maddesi ile rıza gösteremeyecek kişilerin korunmasına ilişkin 6. Madde, ruhsal bozukluğu olan kişilerin korunmasına ilişkin 7. Madde ve olağanüstü durumlara ilişkin 8. Maddesi, Sözleşmede yer alan haklar ve dolayısıyla rıza ihtiyacı sınırlı olabilir. 39. Ayrıca, Sözleşme'nin 26. Maddesi ile rıza gösteremeyecek kişilerin korunmasına ilişkin 6. Madde, ruhsal bozukluğu olan kişilerin korunmasına ilişkin 7. Madde ve olağanüstü durumlara ilişkin 8. Maddesi, Sözleşmede yer alan haklar ve dolayısıyla rıza ihtiyacı sınırlı olabilir. 40. Bilgilendirme hastanın hakkıdır, ancak 10. maddede belirtildiği üzere hastanın bilgilendirilmeme konusundaki olası isteğine uyulmalıdır. Ancak bu, hastaya önerilen müdahale için onay alma ihtiyacını ortadan kaldırmaz.

³²Amann v. Switzerland, Kopp, Iordachi and Others v. Moldova, 2009.

Hukuk normunun öngörülebilir olması bireylerin uygun bir tavsiye ile yeterli kesinlikte normu öngörebilmesi ile sağlanabilmektedir³³.

a-Vavřička ve Diğerleri kararında İHAM önünde yapılan kanunilik tartışması -Mahkeme hak ve hürriyete müdahalenin iç hukukta bir dayanağı olması gerektiğini, bu düzenlemenin açıkça ulaşılabilir ve gerektiğinde uygun bir tavsiye ile davranışlarının makul olarak yasa karşısında sonuçlarını ayarlamasına yol açacak açıklıkta olması gerektiğini hatırlatmıştır.

Somut olayda Kamu Sağlığını Koruma Yasasında(m.46) ve yaptırma ilişkin husus da MO (Minor Offences Act) yasasında (m. 29) ve Eğitim kanununda düzenlenmiştir. Başvurucular hükümlerin erişilebilirliği ve öngörülebilirliği konusunda bir itiraz ileri sürmemişlerdir. Somut olayda tarafların itirazları yasa ve ikincil düzenleme kombinasyonu ile yapılan müdahalenin sözleşmeye salt parlamento kaynaklı yasal düzenleme olmamasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme, davada hukuka uygun olarak ifadesinden maddi anlamda anlaşılması gerektiğini şekli anlamda kanun kavramından söz edilmediğini tekrarlamaktadır. Bu nedenle, diğerlerinin yanı sıra, birincil mevzuatla sınırlı olmayan, aynı zamanda yasal fiilleri ve daha düşük düzeydeki araçları da içeren “yazılı hukuku” içerir. Özetle, “yasa”, yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hüküm olarak anlaşılmalıdır. Bu sebeple somut olayda hukuka uygun müdahale bakımından sorun görülmemiştir.

b-Türk Anayasa Hukukunda Yasallık

Türk Anayasa Hukukunda kanun kavramı İHAS sisteminden farklıdır. Farklı olması da olağandır. İHAS sisteminin kavramlar özerk yorumlanmaktadır. Vavřička kararında başvuruçuların da ifade ettiği gibi ulusal hukukta kanun ile sınırlama öncelikle yürütmenin düzenleyici işlemleri ile hürriyetin sınırlanmaması anlamına gelir. Elbette bu gelişmenin tarihi sebepleri bulunmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de KHK ile yapılan hürriyet sınırlamalarını anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir³⁴. İHAS sisteminde maddi anlamda kanunun varlığı yeterli iken Türk hukukunda kanun kavramından diğer özellikleri yanında şekli anlamda kanunun varlığı aranmaktadır. Ancak son yıllarda bazı bireysel başvuru kararlarında yasa altı düzenlemeler de kanunilik ilkesini karşılar kabul edilmiştir ve bu yorum son derece sorunludur³⁵.

³³ Amann v. Switzerland, 2000;Malone v. UK , 1984; Silver and Others v. U.K 1983

³⁴ K.2012/184, EK.G. 22.11.2012, R.G. 24.1.2014, S.28892.

³⁵ Özkan Kart Başvurusu, Başvuru numarası:2013/1821. MAHKUM Başvurucunun yasal bir sınırlama olmadığı halde odasında 10 kitaptan fazla kitap bulundurmasına Ceza İnfaz YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

Anayasa Mahkemesi daha yeni kararlarında güvenlik soruşturmasına ilişkin kanunun ilgili hükmünü kanunilik şartının yerine getirilmediğinden hareketle iptal ederken şu güçlü gerekçeleri kullanmıştır:

“Kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp, yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasanın 2. Maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler, hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir³⁶.”

Türk hukukunda zorunlu aşş konusunda kanunilik güvencesi Anayasa Mahkemesinin birçok bireysel başvuru kararında da vurguladığı gibi anayasal bir güvence oluşturmamaktadır. Bebeklik dönemi aşşlarına ilişkin bir dizi kararda Anayasa Mahkemesi bu alandaki düzenlemenin yasallığını tartışmış ve haklı olarak anayasaya aykırılık kararı vermiştir:

Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin oldukça muğlak hükmüne dayanarak başvuru reddedilmiştir. Bir başka kararı E.Ç.A. Başvurusu ve Bülent Kaya başvurusudur. GBT sisteminde kişisel veri kaydının tutulmasının hukuki dayanağının yönerge ve genelge olmasına ilişkin kararlarda yasallık koşulunun yerine getirildiği kabul edilmiştir. Hatta yayınlanmayan yönerge ile GBT kaydı tutulmasına ilişkin başvuru reddedilmiştir.

³⁶ E.2020/24, K.2021/39, K.T.3/6/2021.

“Kurallar Millî Savunma Bakanlığı, jandarma ve ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde çalışacak personel hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasını zorunlu kılmıştır. Buna karşın kişisel veri niteliğindeki bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına, bu bilgilerin ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağına, ilgililerin söz konusu bilgilere itiraz etme imkânının olup olmadığına, bilgilerin bir müddet sonra silinip silinmeyeceğine, silinecekse bu sırada izlenecek usulün ne olduğuna, yetkinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik nasıl bir denetim yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir kanuni güvenceler belirlenmeksizin güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ile üst kademe yöneticilerinin tespiti yönetmeliğe bırakılmıştır.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına, işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesi Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.”

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

c-Türk hukukunda zorunlu aşılamada yasallık

Bu konuda hem düzenlemelerin tarihi oldukça eski, içerikleri de son derece yetersizdir.

1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 3³⁷, çocuk ölümünü azaltmak amacıyla devletin tedbirler alabileceğini ve salgın hastalıkların yayılmasına engel olma görevinin sağlık bakanlığına verildiğini belirtmektedir.

Yine Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. Maddesi bu alanda düzenlemeler getirmektedir³⁸. İlgili maddede sayılan hastalıklar ortaya çıkar, çıktığından şüphe edilir ve ya vefat gerçekleşir ve vefatın bu hastalıklardan olduğu şüphesi olursa sayılan kişiler haber verme yükümlülüğü altındadır.

Kanunun 64. Maddesi ise³⁹ sayılanlar dışında salgın hastalık konusunda düzenleme getirmektedir. Maddeye göre 57. Maddede sayılanlar dışında

³⁷ Madde 3 – Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti bütçeleriyle muayyen hatlar dahilinde olarak aşağıda yazılı hizmetleri doğrudan doğruya ifa eder:

1 - Doğumu (.....)⁽³⁾ teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler.

2 - Validelerin doğumdan evvel ve doğumdan sonra sıhhatlerinin vikayesi.

3 - **Memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat.**(engel olma)

4 - Dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele.

5 - Tababet ve şubeleri sanatlarının icrasına nezaret.

6 - (...) ⁽¹⁾ ilaçları ve bütün zehirli müessir ve uyuşturucu maddelerle yalnız hayvanlar için serumlar ve aşıları murakabe hariç olmak üzere her nevi serum ve aşıları murakabe ⁽²⁾.

7 - Çocukluk ve gençlik hıfzısıhhasına ait işlerle çocuk sıhhat ve bünyesinin muhafaza ve tekamülüne ait tesisatın murakabesi.

³⁸ *Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele*

Madde 57 – Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması

hastalıklarından **biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat (vefat) vuku bulur veya mevtin(ölümün) bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar.** Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”

³⁹ Madde 64. :“57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşri ilâna ve
YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

salgın bir hastalık sözkonusu olması halinde sağlık bakanlığının bu kanundaki tedbirleri alabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün Kovid 19 küresel salgını bakımından da uygulanabileceği kabul edenler olduğu gibi⁴⁰, 57. ve 72. Madde ilişkisi ile ortaya konulan aşı tedbirinin özel hüküm olduğu, 64. Maddedeki salgın hükmünün genel hüküm olduğundan hareketle aşı tedbirinin salgın halinde uygulanamayacağı düşüncesinde olan yazarlar da vardır⁴¹.

Bu noktada kovid-19 özelinde bir sorunun dile getirilmesi de gerekir. Kovid aşılı kişilerin hasta olmasını ve bu hastalığı yaymasını tümünden engellemekte, ancak hem ölüm oranını azaltmakta, hem de bazı araştırmalara göre aşılı kişilerin hastalık yayma potansiyellerini düşürmektedir⁴².

Nihayet Kanunun 72. Maddesi ise⁴³, 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe

o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedbirin kaffesini (bütünü)veya bir kısmını tatbika Sihat ve İctimai Muavenet Vekaleti salahiyyettardır.

⁴⁰E. Şen-M.V. Ervan, Zorunlu Aşı, <https://sen.av.tr/tr/makale/zorunlu-asi#:~:text=%5B2%5D%20Madde%2064%3B%20%2E2%80%9C,hastal%C4%B1%C4%9Fa%20kar%C5%9F%C4%B1%20bu%20kanunda%20mezk%C3%BCr,eri%C5%9Fim%20tarihi,25.1.2022>

⁴¹O. Akbulut, Covid-19'a Karşı Zorunlu Aşı Mümkün mü? <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC>, erişim tarihi 11.4.2022. Ayrıca bkz. Şirin T. Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş. Anayasa Hukuku Dergisi 2020;9(17)

⁴²Illinois Üniversitesi'nden araştırmacı Christopher Byron Brooke, Covid-19 aşılarının bulaşmayı kesinlikle azalttığını belirtmektedir. Araştırmacıya göre aşılanmış kişiler bazı durumlarda virüsü bulaştırabilirler, ancak, aşılanmış bir kişinin virüsü bulaştırma riskinin aşılanmamış bir kişiden çok çok daha düşük olduğuna dair veriler son derece açık ve nettir. Hollanda merkezli bir başka araştırma, ise, delta varyantı ile enfekte olan aşılanmış kişilerin, aşılanmamış kişilere oranla bulaştırma olasılığının yüzde 63 daha az olduğunu ortaya koymuştur.

<https://tr.euronews.com/2021/10/25/as-yapt-ranlar-n-covid-19-u-yayma-olas-l-g-yapt-rmayanlara-oranla-cok-daha-dusuk-arast-rma>, erişim tarihi 25.1.2022

⁴³Madde 72 – 57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikati fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.(tecrit etme)

2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında **hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması** şeklindeki tedbire de yer verilmiştir.

Her ne kadar 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununun“Koruyucu ve destekleyici tedbirler” başlıklı 5/1-d maddesinin⁴⁴ “çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavileri” koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında sayılmakta ise de bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde hangi aşuların yapılacağı genelgeler ile düzenlenmektedir.

4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafı.

5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.

7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.

⁴⁴ Koruyucu ve destekleyici tedbirler Madde 5- (1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan; a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye, b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine, c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine, d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına, e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tedbirdir. (2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur. (3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir.

Yukarıda özetlenen yasal durum karşısında bir dizi başvuru Anayasa Mahkemesine taşınmıştır⁴⁵.

Halime Sare Aysal Kararı⁴⁶, bebeklik aşılara ailesinin izin vermediği bebeğin mahkeme kararı ile tıbbi müdahale yapılarak aşılmasına ilişkindir⁴⁷. Olay Uşak İl müdürlüğü tarafından ebeveynleri tarafından bebeklik aşıları yaptırılmadığı için bebek hakkında “sağlık tedbiri” uygulanması mahkemeden talep edilmiştir. Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesi “genişletilmiş bağışıklama programı” nda yer alan aşılar bebeğin ebeveynleri tarafından tüm açıklama ve bilgilendirmelere rağmen yapılmadığı için ilgili bebeği “korunmaya muhtaç çocuk” olarak değerlendirmiş (5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca sağlık tedbiri uygulanması kararı)ve bebeğin aşılmasına karar verilmiştir. Ancak zorla aşı uygulanmasına aile izin vermemeiş ve durum tutanakla tesbit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvuruda öncelikle Anayasanın 17. Maddesinden hareketle hürriyete yapılan müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığını tartışmıştır. Kanunilik şartının yerine getirilmesi için “kanunun sadece şeklen varlığının yeterli olmadığını” ayrıca kanunun nitelik olarak **“sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliği”** nin ortaya konulması gerektiğini ve bu sayede “uygulayıcının keyfî davranışlarının önüne geçtiği, kişinin hukuku bilmesine yardımcı olduğu ve bu yönüyle hukuk güvenliğini sağladığını” vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi yine kanunilik şartının yerine getirilebilmesi için kanunun **“yeterince ulaşılabilir olması yani vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması”**

⁴⁵ Ayrıca bu konudaki çalışmalar için bkz. Metin, S. "Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu" . Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 4 (2021): 37-50 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sabiad/issue/65901/958025>

Kanadoğlu K. Zorunlu Aşının Anayasallığı. [https:// blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asininanayasalligi/# fn9](https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asininanayasalligi/#fn9) Erişim Tarihi, 25.1.2022

⁴⁶ Başvuru Numarası: 2013/1789, 11/11/2015.

⁴⁷ 5395 sayı 3.7.2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu, Koruyucu ve destekleyici tedbirler Madde 5-“ (1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan...; d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına”

gerektiğini de işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararda kanunililiğe ilişkin temel esasları şu şekilde ortaya koymaktadır:

“ keyfi müdahalelere karşı bireyi korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir şekilde göstermelidir. Hukuk sistemi vatandaşlara, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde vücut bütünlüğüne yönelik olan ve potansiyel olarak özel yaşama karşı tehlike oluşturabilecek müdahalelerde bulunma yetkisi verdiğini, yeterince açık ifadelerle gösterecek nitelikte olmalı ve bu bağlamda ilgili müdahalenin muhataplarının müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngörülebilirlikte bulunabilmeleri imkânı tanımalıdır... Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve buna bağlı olarak hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bu kapsamda hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi zaruridir.”

Yukarıdaki veriler somut olaya uygulandığında karşılaşılan durum şu şekildedir:

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. Sadece belirli hastalık türleri sayılmıştır. Aynı Kanunun 72. maddesinde ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bazı tedbirlere başvurulabileceği ve bunlar arasında “hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması” olduğu görülmektedir. Bakanlığın ilgili Genelgesinde ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde “belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dâhilinde bazı aşuların uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir. Genelgedeki aşı türleri Umumi Hıfzısıhha Kanununda sayılan hastalıklara ilişkin değildir. Başvurucuya tatbik edilmek istenen aşular HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşuların 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda sınırlı olarak sayılan hastalıkları karşılamadığı Anayasa Mahkemesi tarafından tesbit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ayrıca kanunda çiçek aşısı için ayrıntılı düzenlemeler getirilirken, bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı kanaatine ulaşmaktadır.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesi UHK'nun 57. Maddesinde sayılan hastalıklar dışındaki hastalıklara da genel bağışıklama sistemi içinde genelge ile aşılanma yapıldığı ve bu müdahalenin kanunda karşılığının olmadığı sonucuna varmaktadır.

Muhammed Ali Bayram Başvurusu⁴⁸, hem bebeklik aşuları hem de diğer kararlardan farklı olarak topuk kanı uygulamasında velinin onaylamamasından hareketle mahkeme tarafından tıbbi tedbir uygulanmasına ilişkindir.

Başvurucuya sağlık görevlilerince aşı yapılması ve topuk kanı alınması istemlerinin başvuru temsilcileri tarafından reddedilmesi üzerine durum tutanakla tespit edilmiştir.

Mersin Aile Danışma Merkezi Müdürlüğü, Mahkemeden sağlık tedbiri uygulanması talebinde bulunmuştur.

Mersin 2. Çocuk Mahkemesi 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/1-d maddesi uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. Buna göre, bebek Muhammet'in ebeveynlerinin genişletilmiş bağışıklama programında yer alan aşuları yaptırmak ve aile hekimine kayıt ettirmek istemedikleri, tüm dosya kapsamından anlaşılacakla, aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmiştir.”

Anılan karara başvuru temsilcileri tarafından yapılan itiraz reddedilmiştir: Ailenin iddiası aşuların ve topuk kanının alınmasının zorunlu olmadığı, zamanının geçtiğini, her hangi bir salgın hastalığın olmadığı, çocuğun sağlığında da herhangi bir sorun olmadığını bu nedenlerle sağlık tedbirinin yersiz olduğunu şeklindedir. Mahkemenin gerekçesi şu şekildedir⁴⁹:

⁴⁸ Başvuru Numarası: 2014/4077, 29/6/2016.

⁴⁹ Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık hizmetleri genel müdürlüğünün 13/03/2009 tarih ve 2009/18 sayılı genelgesi, Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel müdürlüğünün 19/12/2012 tarih ve 2006/130 sayılı genelgesi, sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanlığının Neonatal Tarama Programı ve HSK 0.23.00.00 sayılı yazısı. Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğünün 18/01/2012 tarihli yeni doğan tarama programı sayılı yazısı, yine Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün genişletilmiş bağışıklama kapsamında aşı uygulamalarında yasal zorunluluğa ilişkin genelgesi, yine aynı kuruma ait GBP aşı uygulamalarında yasal zorunluluğa ilişkin genelgesi, Sağlık Bakanlığına ait Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 13/03/2009 tarihli ve 2009/17 sayılı genelgesi) aşuların yapılmasının çocuğa yan etkisinin genellikle çok hafif olabildiği, çok nadiren de yaşamı ciddi etkileyebilecek etkiler olduğu, ancak genel olarak değerlendirildiğinde yaşı küçük çocuğun yüksek menfaatine olduğunu, bulaşıcı hastalıklardan koruyarak hastalanmasını büyük ölçüde engellediği, hatta hastalık nedeniyle oluşabilecek sakatlık ve ölümlerden koruduğu;

Muhammed Ali Bayram Başvurusu çocukluk aşıları bakımından Sare Aysal başvurusunda olduğu gibi kanunilik koşuluna uyulmadığı ile sonuçlanmıştır⁵⁰.

Ancak kararda “topuk kanı”na ilişkin kısım diğer kararlardan farklıdır. İlk olarak topuk kanı konusunda kanunilik tartışması yapılmıştır. Buna göre; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu madde 3/1-1⁵¹

⁵⁰ “Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta; başvuruca tatbiki öngörülen aşıların da 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün de başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.”

⁵¹ Temel Esaslar Madde 3 – Sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar şunlardır: a) Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir. b) Koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde hizmet satın alınarak kaliteli hizmet arzı ve verimliliği esas alınır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ilgili Bakanlığın muvafakatını alarak, kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına koruyucu sağlık hizmeti görevi verir ve bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerini denetler. c) Bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esastır. Sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenlenir. Bu düzenleme ilgili Bakanlığın görüşü alınarak yapılır. Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tespit ve ilan edilir. d) (Mülga: 31/5/2006-5510/106 md.) e) Tesis edilecek eğitim, denetim, değerlendirme ve oto kontrol sistemi ile sağlık kuruluşlarının tespit edilen standart ve esaslar içinde hizmet vermesi sağlanır. f) (Değişik: 24/3/2016-6698/30 md.) Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir. g) Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca; sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapar, ülke ihtiyacına uygun nitelikli sağlık personeli yetiştirilmesi amacıyla hizmet öncesi eğitim programları için Yükseköğretim Kurulu ile koordinasyonu sağlar. Serbest ya da kamu kuruluşlarında mesleklerini icra eden sağlık ve yardımcı sağlık personeline hizmetiçi eğitim yaptırır. Bunu sağlamak amacıyla üniversitelerin, kamu

maddesinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar arasında engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılması ve yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirlerin alınması, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi hususunda yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve bu konuda gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili idareye yetki verilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen 2006/130 sayılı ve

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarından da yararlanır. Hizmetiçi eğitim programını ne şekilde ve hangi sürelerle yapılacağı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikte tespit edilir. h) (İptal: Ana.Mah.19.4.1988 tarih ve E. 1987/16, K. 1988/8 sayılı kararıyla.) i) Sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılır. Sağlık kurum ve kuruluşları coğrafik ve fonksiyonel hizmet alanları, verecekleri hizmetler, yönetim, hizmet ilişki ve bağlantıları gibi konularda tespit edilen esaslara uymak ve verilen görevleri yapmakla yükümlüdürler. Çağdaş tıbbi bilgi ve teknolojinin ülkeye getirilmesi ve teşviki sağlanır. j) Vatandaşların hastalıklardan korunma, sağlıklı çevre, beslenme, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması ve benzeri konularda eğitilmeleri ve takipleri bütün kamu kuruluşlarının sorumluluğu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, özel ve gönüllü kuruluşların işbirliği içerisinde gerçekleştirilir. k) Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik ve temini esas olup, her türlü müstahzar, terkip, madde, malzeme, farmakope mamülleri, kozmetikler ve bunların üretiminde kullanılan ham ve yardımcı maddelerin ithal, ihraç, üretim, dağıtım ve tüketiminin, amaç dışı kullanılmak suretiyle fizik ve psişik bağımlılık yapan veya yapma ihtimali bulunan madde, ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddeler ile diğer terkiplerin kontrolüne, murakabesine ve bunların yurt içinde ve yurt dışında ücret karşılığı kalite kontrollerini yaptırmaya, özel mevzuata göre ruhsatlandırma, izin ve fiyat verme işlerini yürütmeye Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı yetkilidir. Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır. l) (Ek: 30/5/1997 - KHK - 572/24 md.) Engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için, gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılır. Yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirler alınır. (1) m) (Ek: 1/7/2005-5378/34 md.) Rehabilite edici tıbbi hizmetlerde kullanılan yardımcı araç ve gereçleri üretmek amacıyla, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulacak kuruluşların açılış iznini vermeye Sağlık Bakanlığınca yetkilidir. Bu kurum ve kuruluşların açılış izninin verilmesine, üretim ve personel standardına, işleyiş ve denetimi ile daha önce açılmış olan kurum ve kuruluşların durumlarına ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Neonatal Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'nin de belirtilen hükümler kapsamında düzenlenmiştir. Yeni doğan bebeklerden Topuk kanı alınması konusunda yasallık kriterinin gerçekleştiğine karar veren Anayasa Mahkemesi müdahalenin orantılı ve demokratik toplumda zorunlu olup olmadığını incelemiştir. Buna göre somut başvuru özelinde başvuru Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesindeki bireysel yararı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı incelenmesi Anayasa Mahkemesi tarafından gerekli görülmüştür. Bu bağlamda yeni doğan bebeklerin “metabolik hastalıklar bakımından gerekli testlerden geçirilmesi, risk taşıyanların belirlenmesi ve gerekli tedavi işlemlerinin başlatılarak takibi” öngörülmektedir. Uygulama çocuklarda belirli hastalıklara bağlı olarak zekâ geriliği ve beyin hasarı oluşumunun engellenmesi amacıyla tetkik ve teşhis yapılmasını amaçlamaktadır. Genelge'de hangi amaçlarla kan alınacağı ve bebeklerin sağlıklarının olumsuz etkilenmemesi amacıyla kan alma zamanı, kan alma bölgesi, kan alma işlemi öncesindeki hazırlık süreci, kan alma işlemi ve kan alındıktan sonraki süreç hakkında, bunun yanı sıra yapılacak tetkikler, sonuçların değerlendirilmesi ve sonuçları hastalık yönünden şüpheli çıkan bebeklerin ilgili kliniklere sevkî ile bu bebeklerin takibi hususunda ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görev alan personelin eğitimleri ve bilgi güncellemelerinin yapılması da yer almaktadır. Bunun karşısında zorunlu topuk kanı uygulamasının sağlık açısından bir soruna yol açtığına ilişkin bir iddianın da ileri sürülmediği görülmektedir. İki yarar dengelendiğinde Anayasa Mahkemesi keyfilik içermeyen düzenlemenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğuna karar vermiştir.

Türk hukukunda yasallık konusundaki diğer kararlar⁵², da aynı sonuca küçük farklarla ulaşmıştır. Salgın hastalık karşısında ve çocuk aşıları

⁵²SALİH GÖKALP SEZER BAŞVURUSU Başvuru Numarası: 2014/5629, 21/11/2017. bebeklik dönemi aşı uygulaması bebeğin ebeveyni tarafından reddedilmiş ve mahkemece tıbbi tedbir uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi kanunda açık düzenleme olmadığı için ihlal kararı vermiştir. (Hepatit B- otizme ya da hiperaktiviteye neden olduğu için)- yasallık ihlal- İlave olarak-Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır. ESMA FATIMA KIZILSU VE RUKİYYE ERVA KIZILSU BAŞVURUSU Başvuru Numarası: 2013/7246, 23/3/2016. ailesi bebeklik aşılara izin vermediği halde mahkemece tıbbi müdahale ile aşı yapılması kanuni düzenleme olmadığı için ihlal. yasallık -İhlal İlave olarak-Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır.

konusunda Türk hukukunda yargının ve öğretinin ortaya koyduğu sonuç kanunilik ilkesinin yerine getirilmediği şeklindedir.

B-HAKLI SEBEP- MEŞRU AMAÇ

Sınırlama sebeplerinin mantığı hürriyetlerin yasa ile sınırlanmasının ve yukarıda da belirtilen sebeplerle yasama organına duyulan güvenin sınırıdır. Hürriyetlerin sınırlanması için yasama organına güvenilmektedir. Ama yasama organı da ancak belli sebeplerle hürriyetleri sınırlandırabilecektir. Bu durum hürriyetlerin ancak haklı sebeplerle niteliğine uygun sebeplerle sınırlanması gerektiği düşüncesi ile de örtüşür. Bu bağlamda sınırlama sebepleri ne kadar az ise hürriyet alanı o kadar geniş olacaktır.

Zorunlu aşılamanın bireyin beden bütünlüğüne, eğitim hakkına, özel hayatına, din ve vicdan hürriyetine, çalışma hakkına müdahale oluşturabileceği açıktır. Bu müdahalenin meşru amacı hem anayasalarda hem de uluslararası belgelerde farklı şekillerde düzenlenebilir. Bunlar genel sağlık, başkalarının haklarının korunması, ekonomik refahın korunması, kamu düzeni, çocukların korunması şeklinde farklılaşabilir.

1982 Anayasasında bireyin maddi ve manevi bütünlüğü bakımından tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerden söz edilmektedir. Tıbbi zorunluluklar bakımından hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelere gitmek gerekir. Kanunda yazılı hallerde bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunma ise bu alandaki güvencyi yasama organına bırakmak anlamına gelir ve bu da son derece geniş bir yetkidir.

Sınırlama sebebi belirtilmeyen hak ve özgürlükler sınırlanabilir mi?

Bu konuda öğretilerde bir fikir birliği yoktur. Anayasa Mahkemesi kararlarında da tam anlamıyla yeknesak bir içtihat yoktur.

Pozitivist hukukçular, sınırlama sebebi olmayan hürriyetlerin sınırlanamayacağını ifade etmekte ve bazı Anayasa Mahkemesi kararları ile de bu bakış açısı desteklenmektedir. Fazıl Sağlam ın değerli çalışması “Temel Hakların Sınırlanması ve Özü” adlı çalışmasında ayrıntılı olarak aktardığı gibi bir hakkın sınırlama sebebinin olmaması onun sınırlanamayacağı anlamına gelmez. Buna göre;

“Bu durumda, hiç sınırlama sebebinin belirtilmediği hak ve özgürlüklerde ya da bazı sınırlama sebeplerinin özgürlüğün özel maddesinde yer almadığı durumlarda özgürlüğün kullanımının arizi veya tesadüfi olup olmadığına bakılarak norm alanı belirlenecektir.

Öyleyse, Anayasada özel sınırlama sebebinin belirtilmediği sözleşme özgürlüğü hükmü karşısında konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmeler sözleşme özgürlüğünün nesnel koruma alanı ile spesifik bağlantı içinde olmayan, yalnızca arizi yada tesadüfi bağlantı olarak ortaya çıkan kullanım biçimi olduğu için Anayasal koruma alanı içinde değerlendirilemeyeceklerdir⁵³.

Ayrıca, temel hak ve özgürlükler, nesnel sınırları yanında başka temel hak ve özgürlük alanıyla çatıştığı oranda pratik uyum ilkesinin sonucu olarak ayrı bir sınırlamayla karşı karşıya kalınacaktır. Pratik uyum ilkesi, çatışan haklar ya da anayasal normlardan her birine optimal normatif etki tanınmasıdır ve bu durumda çatışan haklardan her biri belli ölçüde sınırlamaya uğrar⁵⁴.”

Anayasada özel sınırlama sebebinin belirtilmediği sözleşme özgürlüğü hükmü karşısında konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmeler sözleşme özgürlüğünün nesnel koruma alanı ile spesifik bağlantı içinde olmayan, yalnızca arizi yada tesadüfi bağlantı olarak ortaya çıkan kullanım biçimi olduğu için anayasal koruma alanı içinde değerlendirilemeyeceklerdir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi işyerlerinin eski hükümlü ve engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünü düzenleyen yasanın anayasaya uygunluğunu denetlediği kararında çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlama sebeplerinin olmamasını hakkın sınırlanmayacağı şeklinde yorumlamamış ve itirazı reddetmiştir⁵⁶.

“Özürü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle yahut işlemiş olduğu bir suç dolayısıyla aldığı

⁵³ F. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, **19**, Ankara, 2002, s. 292-293. Sağlam çalışmasında, karantina bölgesinde toplantı veya ayin yapmak, isteyenin istediği yerde kurban kesmesi gibi özgürlüklerin arizi ve tesadüfi kullanımlarına örnekler vermektedir. Cf. K. Gözler, “Anayasa değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2001/4, yıl, 59, s. 64 vd.

⁵⁴ F. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, **19**, Ankara, 2002, s.291. F. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 39 vd.

⁵⁵ F. Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, **19**, Ankara, 2002, s. 292-293. Sağlam çalışmasında, karantina bölgesinde toplantı veya ayin yapmak, isteyenin istediği yerde kurban kesmesi gibi özgürlüklerin arizi ve tesadüfi kullanımlarına örnekler vermektedir. Cf. K. Gözler, “Anayasa değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2001/4, yıl, 59, s. 64 vd.

⁵⁶ E. 2006/101, K. 2008/126, K.T. 19.6.2008, R.G. 19.11.2008-27059

cezadan dolayı iş bulma imkanını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayanmaktadır. Kuralla getirilen yükümlülük, özürle ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığından Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucudur...özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın özürle ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngörülen kuralın, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır.”

Terör suçlarında müdafî sayısına yasa ile sınırlama getirilmesine ilişkin düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun bulunmuştur. Adil yargılanma hakkına ilişkin anayasanın 36. maddesinde hiçbir sınırlama sebebi olmamasına rağmen:

“Anayasa'nın 36. maddesinde, adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak da bu hakların sınırlandırılması mümkündür. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının kapsamı belirlenirken davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören Anayasa'nın 141. maddesinin de gözetilmesi gerekmektedir. Ancak adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamalar hiçbir şekilde Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.”

Anayasa Mahkemesi asker kişilerin lojmanda özel hayatına sınır getiren yasal düzenleme anayasaya uygun bulunurken kullanılan gerekçelerden biri de şu şekildedir⁵⁷:

“Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa'nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlanabilmesi veya

⁵⁷ E. 2014/176, K. 2015/53, K.T. 27.5.2015, R.G. 26.6.2015-29398
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlama yapılabilmesi mümkün bulunmaktadır.”

Anayasa'nın farklı hükümlerinden hareketle seyahat hürriyetinin sınırlanması öğretide kabul edilmektedir⁵⁸.

İHAS a paralel olarak Anayasanın özel hayat hakkına ilişkin hükme gidildiğinde ise sınırlama sebepleri artmaktadır: milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sınırlama sebepleri olarak sayılmıştır. İHAS madde 8 de tüm bu sebeplere ilave olarak “ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması” da eklenmiştir.

İHAM daki sınırlama sebepleri mi Ovideo Sözleşmesindeki sınırlama sebepleri mi?

Burada sorun bireyin maddi ve manevi varlığına ve özel hayatına toplumu ve devleti korumak adına müdahale edilebilip edilemeyeceğidir. Bu bağlamda Ovideo sözleşmesinde yer alan sınırlama sebepleri⁵⁹ ve İHAM da

⁵⁸ S. Esen, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü, Yetkin*, Ankara, 2014, s. 160.

⁵⁹ Maddenin açıklayıcı raporu:

Madde 26 – Hakların Kullanımına İlişkin Kısıtlamalar
Paragraf 1

148. Bu madde, Sözleşme'nin tüm hükümlerinde yer alan haklara ve koruyucu hükümlere ilişkin olası istisnaları, şu veya bu Maddenin içerebileceği herhangi bir özel kısıtlamaya hâle getirmeksizin listeler.

149. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. paragrafının hükümlerini kısmen yansıtmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. paragrafında yapılan istisnaların tümü bu Sözleşme ile ilgili olarak değerlendirilmemiştir. Maddede tanımlanan istisnalar, toplu çıkarların (kamu güvenliği, suçun önlenmesi ve kamu sağlığının korunması) veya başkalarının hak veya özgürlüklerinin korunmasına yöneliktir.

150. Ciddi bulaşıcı hastalığı olan bir hastanın gerektiğinde zorunlu tecrit edilmesi, halk sağlığının korunması nedeniyle tipik bir istisna örneğidir.

151. Ruhsal bozukluğu nedeniyle başkalarına ciddi zarar verme olasılığı bulunan bir kişi, yasaya göre, rızası olmadan bir miktar hapsedilebilir veya tedaviye tabi tutulabilir. Burada, 7. maddede öngörülen hallere ek olarak, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla kısıtlama uygulanabilir.

152. Başkalarının haklarının korunması, örneğin, bir adli makamın ebeveynlik tespiti için bir test yapılması yönündeki emrini de haklı kılabilir.

153. Suç soruşturması ile bağlantılı kişilerin kimliklerinin belirlenmesi için genetik değerlendirmelerin (DNA testleri) kullanılması da haklı görülebilir.

154. Bazı mevzuatlar, bu tür bir tedaviyi gerçekleştirmediği takdirde yargılanmaya uygun olmayan bir sanığın, sanığın uygun bir savunma yapmasını sağlamak amacıyla mahkeme kararıyla psikiyatrik tedavisini öngörmektedir. Uygun güvencelerle birlikte mahkeme emriyle yapılan bu tür muamele, demokratik bir toplumda adaletin adil yönetimi ("suçun

yer alan sınırlama sebepleri arasındaki farklılaşmalar temelinde karşımıza çıkabilir. Özellikle, İHAS madde 8/2 deki sınırlama sebepleri “ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olarak sayılmaktadır. Ovideo Sözleşmesi

önlenmesi") için gerekli önlemlere atıfta bulunan 26. Madde kapsamında ilgili olarak değerlendirilebilir. sanığın savunması.

155. Hastanın sağlığının korunması, bu paragrafta, bir bütün olarak Sözleşme hükümlerine istisna yapılmasını haklı kılan faktörlerden biri olarak belirtilmemiştir. Kapsamını netleştirmek için, bu istisnayı açıkça ima eden hükümlerin her birinde tanımlamak tercih edilebilir görünüyordu. Örneğin, 7. madde, sağlıkları başka türlü ciddi şekilde zarar görebilirse, akıl hastalığı olan bireylerin, rızaları olmadan tedavi görebilecekleri koşulları belirtir.

156. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin aksine, ülkenin ekonomik refahını, kamu düzenini veya ahlakını ve ulusal güvenliği savunmak bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen genel istisnalar arasında yer almaz. Bu Sözleşme bağlamında, bir kişinin sağlık alanındaki haklarının korunmasıyla ilgili temel hakların kullanılmasının, ülkenin ekonomik refahına, kamu düzenine, ya da ulusal güvenliğe ahlaka bağlı olarak yapılması arzu edilir görünmedi.

157. Bununla birlikte, ekonomik yön, Madde 3'te "mevcut kaynaklar" ifadesi ile ifade edilmektedir; ancak, bu madde anlamında bu kavram, Sözleşme'nin diğer hükümlerinde güvence altına alınan haklara istisna getirilmesine izin vermek için bir neden teşkil etmemektedir.

158. Savaş ve silahlı çatışma da olası istisnalar olarak reddedildi. Bununla birlikte, bu, yasanın, o özel bağlamda halk sağlığını korumayı amaçlayan orduda belirli önlemler alınmasını engellemek anlamına gelmez.

159. 26.1. maddede belirtilen nedenler, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara mutlak bir istisna yapılmasını haklı kılacak nitelikte görülmemelidir. Kısıtlamaların kabul edilebilir olması için kanunla öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda söz konusu toplu menfaatin veya bireysel menfaatlerin, yani başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması gerekir. Bu koşulların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının aynı kavramlara göre oluşturduğu kriterler ışığında yorumlanması gerekmektedir. Özellikle kısıtlamalar, her Devlete özgü sosyal ve kültürel koşullar dikkate alınarak gereklilik, orantılılık ve ikincillik kriterlerini karşılamalıdır. "Yasanın öngördüğü" terimi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından genellikle kendisine verilen anlama göre yorumlanmalıdır, yani resmi bir yasa gerekli değildir ve her Devlet en uygun gördüğü iç hukuk biçimini kabul edebilir.

2. paragraf

160. Maddenin birinci fıkrasında belirtilen kısıtlamalar, ikinci fıkrada belirtilen hükümlere uygulanmaz. Aşağıdaki hükümlerle ilgilidir: Madde 11 (Ayrımcılık yapmama), Madde 13 (İnsan genomuna müdahaleler), Madde 14 (Cinsiyet seçmeme), Madde 16 (Araştırmaya tabi tutulan kişilerin korunması), Madde 17 (Gereksiz kişilerin korunması). Araştırmaya rıza göstermek), Madde 19 ve 20 (Nakil amacıyla canlı vericilerden organ ve doku alınması) ve Madde 21 (Maddi kazanç yasağı).

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

madde 26 da ise sayılan sınırlama sebepleri “kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sınırlama sebepleri olarak sayılmış ve maddede açıkça “başka kısıtlama konulmayacaktır” ifadesi yer almaktadır. Bu durumda ulusal güvenlik, ahlakın korunması ve ülkenin ekonomik refahı ve düzensizliğin önlenmesi özel hayat hakkı bakımından sınırlama sebebi olmayacaktır. Aslında sözleşmenin 2. Madde düzenlemesi dikkate alındığında madde 26 ile de örtüştüğü görülür. İnsanın önceliği başlığını taşıyan madde “İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır.” hükmüne yer vermektedir. Aynı yorum çocuk hakları için de geçerlidir.

Soruna çatışan sözleşmeler bakımından bakıldığında öncelikle tarafların aynı olup olmadığı tesbit edilmelidir. Her iki sözleşme de Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve imzaya sunulmuştur. Yani taraflar aynıdır. Tarafları aynı olan antlaşmalarda sonraki kural öncekini ortadan kaldırır prensibi gereği sonraki tarihli Ovideo Sözleşmesinin esasa alınması gerekir. Ayrıca spesifik bir alana özgülendiği için Ovideo sözleşmesinin getirdiği hükümler özel hüküm olarak da değerlendirilmelidir⁶⁰. Bu tür bir yorum hem İHAS’ın mantığına hem de özgürlükçü yorum esaslarına uygundur⁶¹. Sonuç olarak, zorunlu aşı konusunda sınırlama sebepleri Ovideo sözleşmesi esas alınarak belirlenmelidir.

Aşılama sınırlama sebeplerine ilişkin İHAM ve İHAKomisyonu Kararları-

Boffa ve diğerleri/San Marino (k.k.),⁶²

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu önüne getirilen başvuru zorunlu Hepatit B aşısının yaşam hakkı, kişi güvenliği, özel hayat hakkı ve bilgiye ulaşma hakkı bakımından ihlal oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Usuli sebeplerde reddedilen diğer başvuruçulara rağmen komisyon yaşam hakkına ilişkin bir ihlal olmadığını işaret etmiştir. Gerekece ise çocuğun üzerinde hayatı bir risk oluşturduğuna ilişkin delil sunulmamasıdır. 8. madde ihlali iddialarında ise, ceza tehdidi ile herhangi bir tıbbi tedaviye veya somut olayda aşı olmaya zorlamanın özel hayata saygı hakkına müdahale olabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, çoğu ülkede olduğu gibi, bireyi

⁶⁰ H. Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 94.

⁶¹ İHAS Madde 53 – Tanınan insan haklarının korunması

Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.

⁶² B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4;

kendi yaşamının tehlike oluşturmadığı durumlarda genel çıkarı gözetmek ve başkalarının sağlığını tehlikeye atmamakla yükümlü kılan aşı kampanyaları, devlete bırakılan takdir yetkisini aşamaz. Ancak somut durumda müdahalenin meşru amaçlara dayandığı (kamu sağlığı, başkalarının hakları) kanunla öngörüldüğü ve amaçla orantılı olduğuna karar verilmiştir. Parlamento tartışmalarına müdahale edilmediğinden hareketle 10. Madde talebi de reddedilmiştir. Oybirliği ile başvuru komisyon tarafından kabul edilemez bulunmuştur.

Solomakhin/Ukrayna,⁶³

Kararda kendisine zorla difteri aşısı yapıldığı için bir dizi hastalığa yol açtığı iddialarının mahkeme tarafından reddedildiği ve hastalıklarının aşı ile ilgisinin olmadığı belirlenen başvurucu hakkında 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme bunu yaparken önemli tesbitlerde bulunmuştur. İlki aşının vücut bütünlüğüne müdahale olduğu bu alanın bireyin en mahrem alanı olduğu ve özel hayat hakkı bağlamında 8. Madde koruması altında bulunduğunu belirtmektedir. Aşılamanın kanunla düzenlendiği⁶⁴ de belirtilmiştir. Bölgeye difteriye sık rastlanması sebebiyle aşılama konusunda haklı bir sebep bulunduğu kanaatine de varmıştır. Aşı için test yapıldığı, her ne kadar aşılama aşı odasında değilse de hekim nezaretinde uzman hemşire tarafından uygulanması da gerekli tedbirlerin alındığına ilişkin hususlar olarak kabul edilmiştir. Mahkeme bu noktada başvurusunun kişisel bütünlüğü ile halkın sağlığını korumaya yönelik kamu yararı arasındaki çıkar dengesinin kamu yararı lehine bozulduğu kanaatindedir. Mahkeme başvurusunun aşıya neden itiraz ettiği net olarak ortaya konulamamış ve tüm iddialar tıbbi yetkililer tarafından raporlarla asılsız bulunmuştur. Buna karşılık başvuru bir delil ortaya koyamamıştır. Mahkeme 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

1982 Anayasası olağan koşullarda sokağa çıkma yasağı, karantina ilan etmek anayasa ile sınırlama sebeplerinin olmaması bakımından sorunludur. Olağanüstü hal bakımından ise bu durum sınır oluşturmamaktadır. Pandemi sürecinde Türkiye de OHAL ilan edilmemiştir. Türkiye'nin aksine pandemi döneminde Arnavutluk, Ermenistan, Estonya, Gürcistan, Litvanya, Makedonya, Moldova, Romanya, San Marino ve Sırbistan OHAL ilan

⁶³ B. No: 24429/03, 15/3/2012, §§ 33-38. Final 24.09.20124.

⁶⁴ 1994 tarihli Sağlık Bakımı ve Hastalıkların Kontrolü Kanununun 27. maddesi uyarınca, difteri önleyici aşılamanın zorunlu olduğunu ve bu aşının prosedürünü ve şartlarını belirlemek için Halk Sağlığı Bakanlığı'nın görevlendirildiğini kaydetmişlerdir. Bakanlık bunu kendi yönergelerinde yapmıştır (Sipariş No. 14, 25 Ocak 1996).

etmişler ve Sözleşmenin 15. Maddesi bağlamında derogasyon talebinde bulunmuşlardır. Bu durumda aşya ilişkin sorunlarda OHAL ‘in hukuki rejiminin uygulanması mümkün değildir.

C-DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA ZORUNLU OLMA ve ÖLÇÜLÜLÜK

1982 Anayasasının 13. Maddesine göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Bilindiği gibi demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri İHAS dan alınmış ve hukuk sistemimize entegre edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterini öz ve orantılılık ilkesi ile harmanlayarak kullanmaktadır:

“Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına aldığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilir⁶⁵.”

“Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ölçülülük temel ilkesinin alt ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını tespitine yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan gereklilik, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen oranlılık ilkeleriyle çatışan sınırlamalar⁶⁶.”

İHAM demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesini “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” üzerinden belirlemektedir.

Vavřička ve Diğerleri kararında da sözkonusu hakka müdahale, “acil bir toplumsal ihtiyaca” cevap veriyorsa ve özellikle ulusal makamlar tarafından gerekçelendirilmek üzere ileri sürülen argümanlar “ilgili ve yeterliyse” ve izlenen meşru amaçla orantılı ise, meşru bir amaca ulaşmak için

⁶⁵ E.2002/112, K.2003/33, K.T. 10.4.2003, **AYMKD.39/I**, s.489 vd.

⁶⁶ E. 1988/50, K.1989/27, K.T. 23.6.1989, **R.G.4.10.1989**, S.20302.

“demokratik bir toplumda gerekli” kabul edileceği değerlendirilmesini yapmıştır.

İHAS sisteminin ikincil niteliği ve ulusal takdir marjının belli faktörlere dayanarak farklılaşması İHAM ın öncelikli olarak bu değerlendirmeyi yapmasını gerekli kılmıştır. Öncelikle zorunlu aşı konusunda devletin takdir marjı nedir sorusu bu sebeple tartışılmıştır.

Devletin takdir marjı nedir?

İHAM ın somut hak ihlalleri önüne geldiğinde devletlerin takdir marjının dar veya geniş belirlenmesi bir çok faktör ile ortaya konulmaktadır. Zorunlu aşı konusunda devletlerin takdir marjının dar mı geniş mi olacağı nasıl belirlenecektir? Devletin takdir marjının dar veya geniş yorumlanması sözkonusu hürriyetin hukuki rejimi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Vavříčka kararında Mahkeme, devletlerin sağlık alanında yerel ihtiyaçları belirleme konusunda ilke olarak bir mahkemeden daha iyi konumda olduğunu ve çatışan çıkarların dengelenmesinde Devletlerin yine ilke olarak, bu çıkarları uzlaştırma amacına ulaşmak için en uygun olduğunu, ancak mahkemenin de bu süreci takip ettiğini (ulusal ve mahkemenin denetimi el ele) belirtmektedir. Bu değerlendirme Devletlere genişliği bir dizi faktöre bağlı olan bir takdir marjı tanımaktadır. Buna göre;

1-Eğer sözkonusu hak, bireyin mahrem veya temel haklardan etkin bir şekilde yararlanması için çok önemli ise bireyin kimliği ve varlığının önemli bir yönünü tehlikeye atıyorsa devletin takdir marjı dar;

2-Menfaatin nispi önemi veya onu korumanın en iyi yolu konusunda Sözleşmenin Akit Tarafları arasında bir fikir birliği olmadığında, özellikle davanın hassas ahlaki veya etik meseleleri gündeme getirdiği durumlarda, marj daha geniş olacaktır. Mahkeme sağlık hakkı alanında devletin takdir marjının geniş olduğunu,

3- Nihayet, özel çıkarlar ve kamusal çıkarlar veya sözleşme hakları arasında çatışma sözkonusu olduğunda devletin takdir marjının geniş olması gerektiği kanaatindedir.

Vavříčka kararında Mahkeme bu verileri somut olaya uyguladığında varılan sonuçlar şu şekildedir:

1-Öncelikle tıbbi müdahale söz konusu olduğu için bireyin mahrem hakları alanında bulunmaktadır. (marj dar)

2-Ancak yine mahkemeye göre bu ağırlık yerel yasal düzenleme ve uygulamada başvuruların iradesi dışında kimseye zorla herhangi bir aşı yapılmamış olmasını bu ağırlığı hafifleten bir durum olarak görmektedir. Kararın karşıoyunda Yargıç Wojtyczek zorla aşı yapılmasına ilişkin hüküm

bulunmadığına ilişkin savı “küçük çocuklar genellikle aşya direnirler diyerek eleştirmiştir⁶⁷ .

3- Aşılamanın güçlü şekilde desteklenmesi- aşılama yöntemi konusunda fikir birliği olmaması- Mahkeme, taraf devletler ve uluslararası uzman kuruluşlar tarafından aşılamanın **güçlü bir şekilde desteklendiği** ve genel sağlığı korumanın en başarılı ve ergonomik yolu olarak görüldüğü⁶⁸ bu sebeple de mümkün olduğunca çok aşılama yapılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemenin belirttiği bir başka husus ise, aşılamaya ilişkin modeller bakımından taraf devletler arasında “**bir fikir birliğinin olmadığı**” argümanıdır⁶⁹. Yine aynı noktadan hareketle Mahkeme çocuk aşılmasını **çağdaş halk sağlığı politikasının temel bir yönü** olarak görmekte ve başlı başına hassas ahlaki veya etik sorunlar oluşturmamasına rağmen, eğer aşılama yasal bir görev haline getirilirse bu tür bir durum olarak algılanabilecektir⁷⁰.

⁶⁷ Pg. 12.

⁶⁸ Bu husuda da Yargıç Wojtyczek karşıyunda mahkemenin sözleşme kapsamındaki gerçeği araştırma rolünü tartışmıştır. Sözleşmenin 38. Maddesindeki soruşturma yetkisini de işaret ederek mahkemenin içtihat ve yargı uygulamasının, oldukça belirsiz ve muğlak olduğunu örnekleyen yargıç, davanın 47 Yüksek Akit Tarafın tümü için önemli olan genel bir konuyu ilgilendirdiği için, kararı tarafların savunmalarının kalitesine bağlı olmaması gerektiğini, bunun gibi bir davada, maddi hakikat ilkesine ve Mahkemenin bağımsız uzmanlar atama yetkisine güvenmek için güçlü nedenler vardır. Bu tür adımların yokluğunda, son derece tatmin edici olmasa da, geriye kalan seçenek, biçimsel doğruluk ilkesini uygulamak ve davayı taraflarca öne sürülen beyanlar ve kanıtlar temelinde karara bağlamaktır.

⁶⁹ Bu bağlamda taraf devletler arasında aşılamanın tamamen tavsiyeye dayanmasından, bir veya daha fazla aşyayı zorunlu kılanlara, bunu yasal bir mesele haline getirenlere kadar uzanan bir politikalar yelpazesi mevcuttur. Somut örnekte Çek Cumhuriyeti bu yelpazenin katı tarafında bulunmaktadır. Fransa, Slovakya ve Polonya’da aynı çizgidedir. Mahkeme gelişmenin daha katı kuralcı olmaya doğru meyilettiğini belirtmektedir.

⁷⁰ Yargıç Wojtyczek karşıyunda bu hususu yoğun biçimde eleştirmektedir: “Bu yaklaşımı kabul etmek zordur. Mahkeme, Yerleşik içtihat uyarınca, aşağıdaki faktörlerin, takdir marjının genişletilmesi lehinde ileri sürülebileceğini düşünmektedir:

(i) söz konusu menfaatin görece önemi konusunda Avrupa Konseyine üye devletler arasında fikir birliği olmaması;

(ii) Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında, onu korumanın en iyi yolu konusunda fikir birliği olmaması;

(iii) incelenen davanın hassas ahlaki veya etik sorunları gündeme getirmesi.

Bu arka plana karşı, Avrupa Konseyine üye devletler arasında aşağıdaki konularda geniş bir fikir birliği bulunduğu dikkat edilmelidir:

Kararın karşoyunda asıl Avrupa Konseyinde yoğun konsensusun ;

“(i) bedensel bütünlüğün, istem dışı tıbbi tedaviye karşı korunması gerektiği;

(ii) onu korumanın en uygun yönteminin, bu tür müdahaleleri ilgili kişilerin rızasına tabi kılmaktır” şeklinde olduğu karşı argüman olarak sunulmaktadır.

Ancak Mahkeme , toplumdaki bu duyarlılığın sadece aşığı reddedenlerin bakış açısı ile sınırlı olmadığı kanaatindedir. Ayrıca özellikle belirli hastalıklara karşı savunmasız olanlar da dahil toplumun tüm kesiminin sağlığını korumak adına yapılan bir **“sosyal dayanışma”** olarak görmektedir. Mahkeme bu aşamada Avrupa Konseyinin hakların sorumluluk bilinci ile kullanılmasına işaret eden parlamenterler Assamblesi Yönergesine⁷¹ gönderme yapmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme; devletlerin zorunlu aşılama konusundaki takdir marjının geniş olduğu kanaatine varmıştır.

Karşıyoda bu husus güçlü argümanlarla Yargıç Wojtyczek tarafından şu şekilde eleştirilmektedir:

“Mevcut dava, ne sağlık hizmetlerine erişim ne de bunların düzenlenme biçimi (pozitif haklar) ile ilgili olup, kişinin kendi vücudunu kullanma özgürlüğü ve rıza dışı tıbbi müdahaleden kurtulma özgürlüğü (negatif haklar) ile ilgilidir. Söz konusu husus, iki veya daha fazla hak arasında doğrudan bir çatışmanın olmadığı ve hak sahibinin müdahaleden muafiyet iddiasında bulunduğu ve herhangi bir pozitif hak iddiasında bulunmadığı bir bağlamda, bireyin en mahrem haklarından etkin bir şekilde yararlanabilmesi için çok önemlidir. İki veya daha fazla hak arasındaki doğrudan çatışma bağlamı dışında dayatılan, kendi bedeni hakkında seçim yapma özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar, güçlü gerekçeler gerektirir. Bu alanda, takdir marjı dar ve müdahaleyi haklı gösterecek eşik çok yüksek olmalıdır. Ayrıca, tamamen farklı bir bağlamda, Mahkeme'nin, hayati derecede önemli bir sözleşme hakkı üzerindeki genel, otomatik ve ayırım gözetmeyen bir kısıtlamanın, bu marj ne kadar geniş olursa olsun, kabul edilebilir herhangi bir takdir marjının dışında kalması gerekir”.

Demokratik toplumda zorunluluk için acil sosyal ihtiyaç-

Hem 1982 Anayasasında hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde hakkın önemli güvencelerinden biri de “demokratik toplumda zorunlu olma”dır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi söz konusu kavramı “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” olarak değerlendirmektedir.

⁷¹ 1845(2011) sayılı Yönerge.
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others kararında İHAM salgın hastalık halini demokratik toplumda zorlayıcı toplumsal ihtiyaç olarak örneklemiştir:

“Belirli tıbbi tedaviyi kabul etme veya reddetme veya alternatif bir tedavi şekli seçme özgürlüğü, kendi kaderini tayin etme ve kişisel özerklik ilkeleri için hayati önem taşır. Yetkin bir yetişkin hasta, örneğin ameliyat veya tedavi geçirip geçirmemeye veya aynı şekilde kan nakli yaptırmaya karar vermekte özgürdür. Bununla birlikte, bu özgürlüğün anlamlı olması için, hastaların, bu tür seçimlerin başkalarına ne kadar mantıksız, akılsız veya tedbirsiz görüldüğüne bakılmaksızın, kendi görüş ve değerlerine uygun seçimler yapma hakkına sahip olması gerekir. ... Özgür seçim ve kendi kaderini tayin hakkının bizzat yaşamın temel unsurları olduğu ve üçüncü şahısları koruma ihtiyacına dair herhangi bir belirti – örneğin bir salgın sırasında zorunlu aşılama – bulunmadığında, Devletin bireysel özgürlüklere müdahale etmekten kaçınmalıdır”⁷².

Solomakhin Kararında Uluslararası insan hakları hukukundaki temel kuralın, diğer tıbbi müdahaleler gibi aşılamanın da alıcının özgür ve bilgilendirilmiş rızasına dayanması gerektiği işaret edilmiştir. Ancak bu kural mutlak değildir. Solomakhin Ukrayna'ya karşı davasında⁷³, Avrupa

⁷² Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia, (application no. 302/02), 10 June 2010, Final, 22/11/2010, pg. 136.

⁷³Donetsk 'de yaşayan başvuru 1964 doğumludur 2010'da kalp krizinden ölmüştür. 1998'de akut solunum yolu sorunu sebebiyle hastaneye gitmiş, ayakta tedavi edilmiştir. Daha sonra hastaneye yaptığı bir başka ziyarette halk sağlığı kanununda zorunlu aşı olarak belirlenen ve o bölgeye yaygın olarak görülen difteri aşısı testi yapılmış ve alerjik reaksiyon göstermemiştir. Ertesi gün kendisine hekim nezaretinde bir hemşire tarafından difteri aşısı yapılmıştır. Üç gün sonra başvuru kişinin sağlık durumunun düzeldiği ve tedavinin olumlu sonuç verdiğini belirten bir hekim tarafından kontrol edilmiştir. (30 Kasım) Başvurucuya 3-4-7 Aralık tarihlerinde trakeobronşit teşhisi konmuştur. 28 Aralık tarihinden itibaren pankreatit, kolesistit, hepatit, kolit gibi bir dizi kronik hastalık için birden fazla sağlık kurumunda yarım yıldan fazla zaman geçirmiştir. Hastalıklarının sebebinin kendisine zorla yapıldığını iddia ettiği aşıdır. Nisan 1999 da aşının sertifikasız olduğundan, son kullanma tarihi geçtiğinden ve uygun olmayan koşullarda saklandığından dolayı aşının kalitesiz olduğundan ve hekimlerin tıbbi raporları tahrif ettiklerinden şikayet etti ve hastaneye karşı tazminat davası açtı. 2000-2003 yılları arasında birçok kez başvuru kişinin iddialarına yönelik tıbbi bilirkişi muayeneleri yapılmıştır. Mahkeme, tıp uzmanlarının vardığı sonuçlara atıfta bulunarak, başvuru kişinin hastalıklarının aşı ile hiçbir nedensel bağlantısı olmadığını tek bağlantılı olacak şeyin aşından 6 ay sonra oluşan ürtiker olabileceğini tespit etmiştir. Tüm iddialar da asılsız bulunmuştur. Aşının da rızası hilafına yapılmadığını reddetme yetkisinin bir yetişkin olarak bulunduğu ilave edilmiştir. Karar 2008 de kesinleşmiştir. 2010 yılında vefat etmiştir.

İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), zorunlu aşılamanın bir kişinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesi kapsamında korunan vücut bütünlüğü hakkına müdahale ettiğine karar vermiştir. (Difteri salgını) Bununla birlikte, Mahkeme, "bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme zorunluluğu" olarak değerlendirilirse, bu tür bir müdahalenin haklı olabileceği sonucuna varmıştır.

“ Mahkeme'nin görüşüne göre, başvuranın fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin halk sağlığı mülahazaları ve bölgede bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme gerekliliği ile haklı olduğu söylenebilir. Ayrıca, yerel mahkemenin bulgularına göre, sağlık personeli aşığı gerçekleştirmeden önce aşığı uygunluğunu kontrol etmiştir, bu da tıbbi müdahalenin başvuranın zararına olmayacağından emin olmak için gerekli tedbirlerin alındığını göstermektedir.” Somut olayda aşının özel aş odasında yapılmaması dışında usule aykırı bir durum saptanmamıştır. Bu da sonucu etkileyen bir durum değildir. Mahkeme 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷⁴.

Demokratik toplumda zorunlu olma çocuk aşları için de değerlendirilmiştir:

Mahkemeye göre, çocukluk aşlarında temel tartışmalardan biri aşılama ile ilgili talebin azalması sebebiyle oluşan risk olarak birçok platformda dile getirilmektedir⁷⁵. Aşılamanın oranının düşmesi ve kapsamının azalmasıyla ilgili riskler dikkate alındığında çocuklar arasında aşılamanın azalması eğilimine karşı önlem olarak yasal düzenleme getirilmiştir.

Bu konuda Venedik 2010 projesi kapsamında yapılan araştırmalar her zaman bizi Mahkemenin dayandığı gerekçeye götürmemektedir⁷⁶. ABD için doğru olan bu değerlendirme Avrupa ülkeleri için her zaman doğru değildir⁷⁷. Üç çocukluk aşısı konusunda aşının zorunlu olduğu ve tavsiye

⁷⁴ Case of Solomakhin v. Ukraine App. no. 24429/03, Pg. 36. Final, 24/09/2012

⁷⁵ Pg. 283.

⁷⁶ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7011108/>, erişim tarihi 22.10.2021

⁷⁷ Zorunlu aşı, zorunlu aşı olmayan ülkelerle karşılaştırıldığında, kızamık aşısı için yüzde 3,71 ve boğmaca aşısı için yüzde 2,14'lük bir farkla ilişkilendirildi (kızamık: 3,71 [%95 güven aralığı (GA): 1,68 ila 5,74]; boğmaca : 2,14 [95% CI: 0.13 ila 4.15]; Tablo 1, Şekil 2). Muafiyetsiz zorunlu aşılama, kızamık için yüzde 3,80 ve boğmaca aşısı için yüzde 2,07 puanlık bir farkla ilişkilendirildi (kızamık: 3,80 [%95 GA: 1,23 ila 6,37]; boğmaca: 2,07 [%95 GA: -1,74 ila 5,89]) . Araştırmada incelenen 29 Avrupa ülkesinden 7'si zorunlu aşılamayı tercih etmektedir.

Ebeveynler tarafından uyumsuzluk nedeniyle para cezası uygulayan ülkeler arasında, mümkün olan maksimum cezadaki her 500 €'lük artış, kızamık aşısı kapsamı için 0,8 YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

edildiği ülkeler arasındaki yapılan değerlendirmeler karşılaştırıldığında zorunlu aşının olduğu örnekler her zaman aşılama oranının en yüksek olduğu ülkeler olmamıştır⁷⁸. Yedisinin zorunlu aşılama kabul ettiği 29 Avrupa ülkesinde yapılan araştırmalar en yüksek aşılama oranlarının zorunlu aşının olmadığı Norveç, Hollanda ve Estonya’ da olduğunu işaret etmektedir⁷⁹. Bu değerlendirme aşılama oranlarının yüksek olmasında zorunlu aşı dışında başka faktörlerin de etkili olduğunu göstermektedir.

Karşıyda Yargıç Wojtyczek zorunlu aşılamanın aşılama oranını arttırdığı argümanını eleştirmektedir:

“Pek çok Devlette, sağlık politikasının hedeflerine aşılama zorunluluğu getirilmeden açıkça ulaşılabileceği gerçeği, daha az kısıtlayıcı araçların gerçekten mevcut olduğu ve tartışmalı müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı konusunda çok güçlü bir argümandır. Çoğunluğun “daha az kısıtlayıcı alternatif” testini bu ret için daha fazla açıklama yapmadan açıkça reddetmesi, başvuruçuların bu test kapsamındaki puanlarının uygulanmış olması gerektiği izlenimini vermektedir.⁸⁰”

Yargıç Wojtyczek ‘e göre, somut olayda acil bir sosyal ihtiyaç göstermek ve söz konusu hastalıkların her biri için aşılama yükümlülüğünü haklı kılan ilgili ve yeterli nedenleri sağlamak Hükümet'e ait bir

puanlı bir artışla (%95 GA: 0,50 ila 1,15; $P \leq 0,0001$) ilişkilendirilmiştir. Boğmaca aşısı kapsamı için yüzde 1,1 puan (%95 GA: 0,95 ila 1,30; $P \leq 0,0001$).
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7011108/>, erişim tarihi 22.10.2021

⁷⁸ http://www.asset-scienceinsociety.eu/reports/pdf/asset_dataviz_I.pdf, erişim tarihi 22.10.2021.

⁷⁹ Hastalık İnsidansı ve Politikayla İlişkisi:

Kızamık için Bulgaristan, yılda 100.000 kişi başına 32,9 vaka ile en yüksek insidansa sahipti (Şekil 1B). %95 CI sıfırı geçmesine rağmen (düzeltilmiş insidans oranı $aIRR$) = 0,38; %95 GA: 0,13 ila 1,16) zorunlu aşılama olan ülkeler, zorunlu aşı olmayan ülkelere karşılaştırıldığında daha düşük kızamık insidans oranları yaşadı. Tıbbi olmayan muafiyet olasılığı olmaksızın zorunlu aşılama olan ülkelere, zorunlu aşılama yapılmayan ülkelere göre %86 daha düşük hastalık insidansı vardı ($aIRR$ = 0.14; %95 CI: 0.05 ila 0.36). Mali bir cezanın varlığı, daha düşük kızamık insidans oranları ile ilişkilendirildi ($aIRR$ = 0.14; %95 GA: 0.05 ila 0.39).

Norveç, yılda 100.000 kişi başına 73,6 vaka ile en yüksek boğmaca insidansına sahipti (Şekil 1A). %95 CI sıfırı geçmesine rağmen ($aIRR$ = 0.30; %95 CI: 0.07 ila 1.30), zorunlu aşı olan ülkelere boğmaca insidansı, zorunlu aşı olmayan ülkelere göre %70 daha düşüktü. Tıbbi olmayan muafiyet olasılığı olmayan zorunlu aşıları olan ülkelere, zorunlu aşılama politikaları olmayan ülkelere benzer insidans oranları vardı ($aIRR$ = 1.04; %95 CI: 0.18 ila 6.32) (Tablo 2). Mali bir cezanın varlığı, boğmaca insidansının daha düşük olmasıyla ilişkilendirildi ($aIRR$ = 0,42; %95 GA: 0,18 ila 0,98),
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7011108/>, erişim tarihi 22.10.2021.

⁸⁰ Pg. 14.

yükümlülüktür. Ayrıca Yargıç Wojtyczek, Mahkemenin mevcut içtihadı rıza dışı tıbbi müdahaleye maruz kalmama özgürlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin güçlü bir gerekçe gerektirdiğini ve taraf devletlere bırakılan takdir marjının dar olduğunu da belirtmektedir. Somut olayda beden bütünlüğüne yapılan müdahale için devletin takdir yetkisinin dar olduğu ve müdahalenin haklılığını ispat yükünün hükümete ait olduğu taraflarca düşünülmüş olabilir.

Devletin aldığı tedbir yani müdahale ilgili ve yeterli mi?

Mahkeme, **özellikle çocukluk aşılarının etkinliği ve güvenliği açısından**, bu politika seçiminin altında yatan ağır halk sağlığı gerekçesini zaten kabul etmiştir. Avrupa Devletleri tarafından benimsenen tek veya en yaygın model zorunlu aşılama sistemi olmasa da, Mahkeme, sağlık hizmetleri politikası meselelerinde, öncelikleri, aşılama ve aşılama değerlendirmek için en iyi konumda olanın yerel makamlar olduğunu yineler.

Mahkeme bu bağlamda “**çocuğun yüksek yararı**” kavramına gönderme yapmaktadır. Çocuğun yüksek yararını koruma yetkisinin ebeveynde olması ve devletin ancak aşırı hallerde müdahale etmesi gerektiği itirazını reddederken, **Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesine ve 15 numaralı genel yorum**⁸¹a da dayanarak, üye devletin çocuğun üstün yararını korumasını anladığını belirtmiştir⁸².

⁸¹ Çocuk Hakları Sözleşmesi: Madde 3 /1 Çocuklara ilişkin olarak kamusal ya da özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan bütün tasarruflarda, **çocuğun yüksek yararı** öncelikli olarak göz önünde bulundurulacaktır. Madde 24/1 Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler. 2 Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle: a Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi; b Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması; c Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanı sıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını göz önüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi; d Anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanması; e Bütün toplum kesimlerinin özellikle ana-babalar ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda temel bilgileri elde etmeleri ve bu bilgileri kullanmalarına yardımcı olunması;

⁸² Çocuk hakları sözleşmesinin 24. Maddesinde yer alan düzenlemenin 15 nolu genel yorum ile açıklandığı görülmektedir. GENEL YORUM No. 15 Çocuğun Mümkün Olan En YÜHF D Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

Sonuç olarak Mahkeme, Çek yasama organının aşlamayı zorunlu hale getirme kararının ilgili ve yeterli gerekçelerle desteklendiğini kabul etmektedir.

Çocuğun üstün yararından ne anlıyoruz?

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin (ÇHS) 3 (1) maddesine göre “mahkemelerde, idari makamlarda veya yasama organlarında”, çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulması gereken birincil husustur.

Ebeveynin çocuk üzerinde hakları doğal olarak sınırsız değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Olsson davasında⁸³ çocuğun üstün yararını

Yüksek Sağlık Standardına Ulaşma Hakkı (Madde 24), 17 Nisan 2013, . Komite Devletlere, çocukların yüksek yararını, onların sağlığını ve gelişimini etkileyecek tüm kararların merkezine yerleştirmeleri çağrısında bulunur. Buna, çocuk sağlığının temel belirleyenlerini etkileyecek kaynak tahsisleriyle birlikte politika ve müdahalelerin oluşturulup uygulanması da dâhildir. Örneğin, çocuğun yüksek yararı; a. Mümkünse ekonomik mülahazaları da ikinci plana atarak tedavi seçeneklerine yol göstermelidir; b. Ana babalarla sağlık çalışanları arasındaki çelişkilerin çözülmesine yardımcı olmalıdır; c. Çocukların içinde yaşadıkları, büyüdükleri ve geliştikleri fiziksel ve toplumsal ortamlara zarar verebilecek durumların düzene bağlanmasına yönelik politikaları etkilemelidir. Madde 33 de, Devletlerin çocuk ölümlerini azaltma yükümlülükleri vardır. Komite, 5 yaşından küçük çocuk ölümleri arasındaki yerini giderek arttıran neonatal ölümlere özel dikkat gösterilmesini istemektedir. Taraf Devletler ayrıca, genel olarak daha az öncelik tanınan sorunlar olarak ergen hastalıkları ve ölümlerini de ele almalıdırlar. Madde 39. Devletlerin, gereksiz tıbbi müdahalelerden kaçınırken, zihinsel sağlık ve psikososyal sorunları olan çocuklara yeterli tedaviyi ve rehabilitasyonu sağlama yükümlülükleri vardır. Taraf Devletlerin Saygı Gösterme, Koruma ve Yerine Getirme Yükümlülükleri madde 71 e göre Devletler, çocukların sağlık hakkı dâhil olmak üzere insan haklarıyla ilgili üç tür yükümlülük üstlenmişlerdir: özgürlüklere ve kazanılmış haklara saygı; özgürlüklerin ve kazanılmış hakların üçüncü tarafların müdahalelerine veya sosyal ya da çevresel tehditlere karşı korunması ve haklarla özgürlüklerin doğrudan sağlama ya da kolaylaştırma yoluyla fiilen yaşama geçirilmesi. Madde 85.... **Komite, çocuğun yüksek yararının her zaman genel toplumun ya da bilimde ilerlemenin çıkarlarına üstün gelmesi gerektiğini araştırmacılara hatırlatır.**

<https://www.unicef.org/turkey/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0hti-yari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>, erişim tarihi 22.10.2021.

⁸³ Olsson v. Sweden, 10465/83App no: 24 March 1988, Karı-koca olan başvuranlar Bay Stig ve Bayan Gun Olsson, sırasıyla 1941 ve 1944 doğumludur. Onlar İsveç vatandaşıdır ve İsveç'te Göteborg'da yaşamaktadırlar. Dava, başvuruçunun Haziran 1971 doğumlu Stefan, Aralık 1976 doğumlu Helena ve Ocak 1979 doğumlu Thomas olmak üzere üç çocuğuyla ilgilidir. Başvuranlar ve çocuklar İsveç Kilisesine mensuptur. Hem Bay hem de Bayan Olsson, gençliklerinde zihinsel engelliler için bir ev olan Strered'de biraz zaman geçirmişlerdi. Çocuklarda gelişim ve konuşma geriliği bulunmaktaydı. Çocuklar devlet bakımına alındılar. Başvuruçular bu kararın ve kararın, uygulanma biçiminin ve bakımı sonlandırılmasının reddi kararlarının Sözleşmenin 8. Maddesine aykırı olduğunu iddia

YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

esas almıştır. Bu hakkın çocukların yararına olacak şeyler de dahil olmak üzere dikkate alınarak dengelenmesi gerekir.

Aşı konusunda sorun devletin genel sağlık politikasının çocukların yüksek yararını destekleyip desteklemediği değil, bunun yerine her bir özel çocuk açısından aşı durumunun nasıl değerlendirileceğidir. Buradaki sorun özel sağlık geçmişine sahip olan çocukların aşıdan elde edilecek yararlarının aşılamanın içerdiği spesifik risk ile nasıl dengeleneceğidir. Ebeveynler bazen doğru, bazen yanlış ama iyi niyetle – diğer kişilerin dikkatinden kaçan çok bireysel risk faktörlerini belirleyebilirler.” 15 Nolu protokol çocuğun üstün yararına ilişkin olarak aşılamaı tavsiye etmektedir.⁸⁴

Mahkeme, Almanya’ya karşı Wunderlich başvurusunda çocuklarını zorunlu eğitime göndermeyen ebeveynlerin ebeveynlik yetkilerinin bir kısmının geçici olarak gençlik dairesine aktarılmasını 8.maddenin ihlali olarak görmemiştir. Mahkeme, çocukların topluma entegrasyonunu sağlamak için zorunlu okula devam zorunluluğunun, ebeveyn yetkisinin kısmen geri alınmasını haklı çıkarmak için uygun bir neden olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, yetkililerin çocukların izole olduklarını, aile dışında kimseyle temasları olmadığını ve fiziksel bütünlüklerine yönelik bir riskin var olduğunu makul bir şekilde varsaydıklarını tespit etmiştir. Mahkeme, çocukların fiili olarak uzaklaştırılmasının, çocukların yüksek yararını

etmişlerdir. Mahkeme ilk olarak, taraf Devletin takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmek; 2. Olarak ise, denetim yetkisini kullanırken, ihtilaf konusu kararları tek başına değerlendirmekle yetinilemeyeceğini, bir bütün olarak davanın ışığında olaya bakmak gerektiğini; söz konusu müdahaleleri haklı çıkarmak için öne sürülen nedenlerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını incelemek gerektiğini belirtmektedir. Somut olaya veriler uygulandığında mahkeme başvuruların işbirlikçi olmayan tutumuna rağmen, bakım kararının uygulanmasında alınan tedbirlerin, meşru gerekçelerle orantılı olarak desteklenmediğini, yerel makamların takdir marjına rağmen, “demokratik bir toplumda alınan tedbirin gerekli” olmadığına ve 8. Maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir.

⁸⁴ 41. Bugün elimizde ilaçlar, ekipman ve müdahaleler dâhil olmak üzere çocuk sağlığı açısından yeni ve etkisi kanıtlanmış teknolojiler elde bulunmaktadır Devletlerin bu teknolojilere hizmetlerinde ve politikalarında yer vermeleri gerekmektedir. Bazı riskleri önemli ölçüde azaltabilecek gezeici düzenlemeler, ekipler ve topluluk temelli çabalar her kesime ulaştırılmalıdır. Bunlar arasında aşağıdakiler de yer almaktadır: çocukluk döneminde görülen yaygın çocukluk hastalıklarına karşı aşılama; özellikle erken çocukluk döneminde büyüme ve gelişmenin izlenmesi; kızları papilloma virüsüne karşı aşılama; hamile kadınlara tetanos aşısı; ishal vakalarında ağızdan sıvı tedavisine ve çinko takviyesine erişim sağlanması; temel antibiyotiklerin ve antiviral ilaçların temini; A ve D vitaminleri, iyotlu tuz ve demir takviyeleri gibi mikronütriyen desteği ve kondom. Sağlıkçılar, gerektiğinde bu basit teknolojilere nasıl ulaşabilecekleri konusunda ana babalara tavsiyelerde bulunmalı, yol göstermelidir.

YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

sağlamak için gerekenden daha uzun sürmediğine karar vermiştir. Bu nedenle, ebeveynlerin yetkilerinin bazı bölümlerinin geri alınması ve çocukların aile evlerinden geçici olarak uzaklaştırılması için “ilgili ve yeterli” nedenler olduğu sonucuna varmıştır⁸⁵.

İHAM Lobben⁸⁶ başvurusunda da çocuğun yüksek yararını değerlendirmiştir. 8. Maddenin ihlal edildiğine karar verilen başvuruda Mahkeme, özellikle, Norveç makamlarının eylemlerinin ana nedeninin, annenin, özellikle savunmasız bir çocuk olarak özel ihtiyaçları göz önüne alındığında, oğluna gerektiği gibi bakamaması olduğuna karar vermişti. Bununla birlikte, koruyucu aileye yerleştirilmesinden sonra anne ve oğul arasındaki temas seansları çok az olduğundan ve psikologların raporları güncel olmadığından, bu muhakeme sınırlı kanıtlara dayanmaktaydı. Ek olarak, savunmasızlığının gözden geçirilmesi, neredeyse hiç analiz edilmemiş veya annenin aile hayatındaki gelişmeleri, bu arada evlenmiş ve ikinci bir çocuk sahibi olmuş olduğunu dikkate almamıştır. Bu dengelemenin sonucunda mahkeme ihlal kararı vermiştir.

Case of Pedersen and Others⁸⁷ Norveç’ e karşı başvurusunda ihlal kararı verirken Mahkeme, bir çocuğun ve ana-babanın çıkarlarının çatışması halinde 8. maddenin yerel makamların bu çıkarlar arasında adil bir denge kurmasını gerektirdiğini ve dengeleme sürecinde özellikle Çocuğun yüksek yararına, doğasına ve ciddiyetine bağlı olarak, ana-babanın çıkarlarından üstün olabilecek şekilde önem verilmelidir sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak çocuğun aşılmasında özel spesifik riskleri dikkate alınarak, 15 nolu protokoldeki aşılamanın çocuğun yararına olduğu esası da dikkate alınarak ebeveyn hakları değerlendirilmelidir.

Üye devletin uyguladığı tedbir öngörülen meşru amaçla orantılı mı?

Alınan tedbirin varılmak istenilen amaç için uygun olması anlamına gelen elverişlilik ilkesi, şu şekilde tanımlanmaktadır: Alınan bir tedbirin yardımıyla, istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli; kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyorsa, ya da hiçbir katkı sağlamıyorsa araç elverişsizdir⁸⁸.

Kullanılan aracın elverişli olmasında iki sorun ortaya çıkmaktadır:

⁸⁵ Case of Wunderlich v. Germany (application no. 18925/15)

⁸⁶ Case of Strand Lobben and Others v. Norway 10 September 2019,

⁸⁷ Case of Pedersen and Others v. Norway, (*Application no. 39710/15*), 10 March 2020, **FINAL**, 07/09/2020

⁸⁸ Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara, 2002, s. 26. Ölçülülük ilkesinin alt kriterleri Y. Metin in referans verilen çalışmasından özetlenmiştir.

Bunlardan birincisi, yasa koyucunun hangi amaç veya amaçları hedeflediğinin belirlenmesi gerekir ki kolay bir değerlendirme değildir. İkinci zorluk ise, aracın elverişli kabul edilme derecesinin ne olacağıdır⁸⁹.

Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli bir çok araç arasında en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade etmektedir⁹⁰.

Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında uzun zamandır ölçülülük ilkesini kullanmaktadır:

“Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ölçülülük temel ilkesinin alt ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını tespiti yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan gereklilik, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen oranlılık ilkeleriyle çatışan sınırlamalar...”⁹¹

Vavrička kararında Mahkeme Çek Cumhuriyetindeki zorunlu aşılama tedbirinin orantılılığını test etmiştir:

İlk olarak aşılabilir bilim camiası tarafından aşılamanın etkili ve güvenli kabul edildiği dokuz hastalığa ilişkindir.

İkincisi, zorunlu aşılama kabul edilmiştir ama mutlak değildir, aşılama karşı kalıcı kontrendikasyonu olan çocuklar için zorunluluktan muafiyete izin verilmektedir.

Üçüncüsü bazı başvuru sahipleri bu konuda tıp mensuplarının bu hususu uygulama ve yorumlamalarına ilişkin sorunlar yaşandığını belirtmişlerdir ama Mahkeme bu başvuru sahiplerinin, ne iç hukuk davalarında ne de bu Mahkeme önünde başvuranların hiçbirinin ilgili aşılardan herhangi biri ile ilgili olarak gerçek bir kontrendikasyona dayanan itirazları olmadığını belirtmektedir. Yani muafiyetin uygulanması ve yorumuna ilişkin bir somut sorun yoktur.

Dördüncüsü ilgili devlette bir istisna daha bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında işaret edilen ve koşulları sayılan laik vicdani red hakkı. Başvuru sahipleri bu yolun özellikle okul öncesi eğitim için kabul edilmeyeceğini belirtmişler, ancak Mahkeme başvuru sahiplerinin iç hukukta bu tür bir itirazlarının olmadığını belirtmiştir.

⁸⁹ Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 26. Ölçülülük ilkesinin alt kriterleri Y. Metin in referans verilen çalışmasından özetlenmiştir.

⁹⁰ Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 26. Ölçülülük ilkesinin alt kriterleri Y. Metin in referans verilen çalışmasından özetlenmiştir.

⁹¹ E. 1988/50, K.1989/27, K.T. 23.6.1989, R.G.4.10.1989, S.20302.

Beşincisi aşının doğrudan zorla uygulanmayacağı hatırlatılırken, ayrıca para cezasının da yalnızca bir kez uygulanabilecek bir idari para cezasından oluşan nispeten ılımlı bir ceza olduğu belirtilmiştir. Başvurucular bu miktarın da kendileri için yüksek olduğunu belirtmişlerdir. Yine mahkeme başvurucular için cezanın alt sınırının uygulandığını belirtmiştir. Yani ceza fazla sert veya külfetli değildir.

Altıncısı, İHAM Anayasa Mahkemesine başvurunun temel hakkının ihlal edildiğini ileri sürenler bakımından bir güvence olduğunu ve sonucun başarısız olmasının bu güvenceyi zayıflatmadığını belirtmektedir.

İHAM tarafların itirazlarının özünde iki hususun olduğunu belirtmektedir:

İlk olarak, başvurucular sağlık yetkililerine tanınan takdir yetkisinin aşırı olduğunu ve çıkar çatışmaları bulunduğunu ve kamuoyunda tartışmaların şeffaf olmadığını ileri sürmektedirler. Mahkeme bu iddia karşısında ikna olmadığını beyan etmektedir. Sağlık politikasını tasarlamak ve uygulamak için yürütmeye bırakılan kapsam ile ilgili olarak, Mahkeme, hukukun niteliğine ilişkin herhangi bir sorunun kullanılan yasama yaklaşımının, yetkililerin epidemiyolojik duruma ve tıp bilimi ve farmakolojideki gelişmelere esnek bir şekilde tepki vermesini mümkün kıldığı Anayasa Mahkemesi ve idare mahkemesinin gözlemini yerinde bulduğunu ve yerel sisteminusule ilişkin önemli güvencelere sahip olduğunu belirterek bu beyanını gerekçelendirmektedir.

İkinci önemli itiraz ise aşuların etkililiği ve güvenli olmadıkları yönündedir⁹². Mahkeme, topluları bireysel sağlık üzerinde ciddi etkileri olabilecek hastalıklara karşı korumanın bu yolunun hayati önemi ve ciddi salgınlar durumunda, aşının aşındırıcı etkiye yol açabileceği konusundaki genel fikir birliğine atıfta bulunmaktadır.

⁹² Mahkemeler kararlarında bilimsel verilere ilişkin olarak araştırma yapıyorlar mı? Sorusu bu bağlamda tartışılmıştır.

Aşı konusunda bazı açık kabullerin olduğu bir gerçektir. Maruf ve meşhur şeylerin isbatına gerek yoktur, ancak bilimsel alanda tartışmalı bir durum nasıl değerlendirilecektir? Tüm aşuların herkes için topyekün bir toplumsal yarar sağladığı ön kabulü bilimsel gerçeklikten uzak değil midir?

İtalyan Anayasa Mahkemesi 2017 yılında verdiği 5/2018 sayılı kararında çocuklara yapılacak zorunlu aşuların sayısının 4 den 10 a çıkarılmasına ilişkin yasal düzenlemenin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kararında aşılamanın yararsız veya tehlikeli olduğuna dair yaygın görüşteki mevcut eğilimlerin hiçbir bilimsel dayanağının bulunmadığına işaret ederek, tıbbi uygulamada tavsiye ve yükümlülüğün birleşik kavramlar olduğunu not etmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi bu sonuca nasıl ulaşmıştır?

ZARAR GERÇEKLEŞİRSE-TAZMİNAT- Aşının güvenliğine ilişkin tüm tedbirlerin alınmasına rağmen yine de zarar gerçekleşmişse, ne olması gerektiği İHAM kararlarına yansımıştır.

Nadir durumlarda olsa da aşının bir birey için zararlı olduğu ve bu kişinin sağlığına ciddi ve kalıcı zararlar verebilmesinin mümkün olduğunu durumlar bakımından iki İHAM kararına referans verilmektedir.

Ebeveynler Birliği/Birleşik Krallık,⁹³ (Komisyon Kararı) Ebeveynler Birliği, çocukları aşilar sebebiyle ölmüş veya ağır ve kalıcı zarar görmüş ebeveynlerden oluşmaktadır. Birlik, İngiliz yetkililerin aşilar konusunda ebeveynlerin gerçekleri tam olarak bilerek karar vermelerini engellediği ve kamu yararına da olsa haksız bir risk oluşturduklarını ve üyelerine tazminat ödenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Komisyon, kendisine sunulan kanıtlara dayanarak, aşilama programlarının yetersiz uygulandığını ve risklerin gerçekleşmesini önlemek için yeterli ve uygun adımların atılmadığını kabul etmemektedir. Bu bağlamda Komisyon, kaydedilen "ters reaksiyonların" sayısında bir dereceye kadar belirsizlik olmasına rağmen, her yıl yapılan milyonlarca aşı ile karşılaştırıldığında yine debu oranın çok küçük olduğunu gözlemlemektedir. Ancak, Komisyon aşağıda sayılan huşulari dikkate alarak, Devletin aşağıdaki özelliklere sahip aşilama ve bağışıklama programı üzerinde bir kontrol ve denetim sistemi oluşturduğu ve Sözleşmenin 2. Maddesini ihlal etmediği kanaatindedir:

“1. Birleşik Krallık'ın her yerinden seçilen ve belirli bir program uygulanmadan önce Sağlık Bakanlarına aşilamanın tüm tıbbi yönleri hakkında tavsiyelerde bulunmak üzere görevlendirilen uzmanlardan oluşan bir Ortak Aşilama ve Bağışıklama Komitesi oluşturulması.

2. Aşı veya bağışıklama uygulayan tüm doktorların, her hastanın durumunu değerlendirmek, olası kontrendikasyonları her durumda kontrol etmek ve ters reaksiyonları sistematik olarak bildirmekle yükümlü olduğu idari talimatlar.

3. Aşilama veya aşilama programlarına katılan doktorlara bilinen tıbbi riskler ve kontrendikasyonlar hakkında bilgi veren metnin dağıtılması. Ayrıca Sağlık ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan doktorlara da aynı konulara ilişkin güncel bilgileri içeren genelgeler getirildi.

⁹³ Association X. v/the U.K.Başvuru no. 7154/75, 12 Temmuz 1978 tarihli Komisyon kararı, DR 14, s. 31.

4. Halihazırda yürürlükte olan planların Ortak Komite tarafından gözden geçirilmesi.

5. Bir lisanslama sistemi ile aşılarda üretimi ve dağıtımını üzerinde kontrol. (İlaç Güvenliği Komitesi)

6. İlaç Güvenliği Komitesi tarafından, işlevi ters reaksiyonlara ilişkin raporların toplanması ve değerlendirilmesi konusunda tavsiyelerde bulunmak olan bir Ters Reaksiyonlar Alt Komitesinin oluşturulması. Birleşik Krallık'taki doktorlardan tüm olumsuz tepkileri doğrudan Komite'ye bildirmeleri istenmektedir.”

Komisyon, taraflarca sunulan bilgilere göre, özellikle vakalarda aşılardan sorumlu doktor ile aile hekimi arasında risklerin değerlendirilmesinde kendisine yardımcı olmak üzere herhangi bir irtibat kurulmayabileceğini ve genellikle eğitilmiş hemşirelerden oluşan sağlık ziyaretçilerinin, Kontrendikasyonlar veya advers reaksiyonlar konusunda doktorlar kadar bilgili olmayabilir.

Başvuruda 8. Maddeye ilişkin ihlal iddiaları da şu gerekçe ile reddedilmiştir:

“Komisyon, toplum sağlığını korumak için tasarlanmış ve ilgili riskleri en aza indirmek için uygun bir kontrol sistemine tabi olan gönüllü bir aşılama planının söz konusu olduğunu, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına herhangi bir müdahale olmadığını değerlendirmektedir. Özellikle, Devletin, aşığı reddedenlere yaptırımlar uygulayarak, doğrudan veya dolaylı olarak, ebeveynlerin çocuklarını aşılattırmaya veya kendilerini aşı olmaya zorlamadığını vurgulamaktadır. Devlet aşılama önerir ve sunulan hizmetlerden yararlanmak isteyen herkese kolaylıklar sağlar. Bu bağlamda Komisyon, ebeveynler tarafından verilen rızanın uygun bir rıza olmadığını kabul edemez. Komisyon, ebeveynlerin çocuklarına aşı yaptırmaya kararının ilgili spesifik risklerin teknik değerlendirmesine dayanmamasına rağmen, aşılama planlarının belirli riskler içerdiğine dair genel bir ortak bilgi olduğu görüşündedir.”

Baytüre ve Diğerleri/ Türkiye Kararı⁹⁴. Baytüre ailesi üç aylık iken bebeklerine difteri, tetanoz, boğmaca ve çocuk felci aşılı yaptırmışlardır. Çocuk felci aşısının sonucu olarak bebeğin sağ ayak tıraşında çarpık ayak sendromu olarak bilinen şekil bozukluğu oluşmuştur. Tanı sağlık bakanlığı tarafından da onaylanmış ve aile tazminat davası açmıştır. Bakanlık raporunda tıbbi olarak engellenemeyen son derece karmaşık bir durumun

⁹⁴ Başvuru no: 3270/09

söz konusu olduğu ve aşının yapılmasında tüm analizlere rağmen hiçbir hataya rastlanmadığı işaret edilmektedir. Mahkemenin başvurduğu üniversite tıp fakültesi kurul raporunda ise; “bu tür bir durumun son derece nadir rastlanan (2 500 000 000/1) bir vaka olduğu ve hastanın savunma sisteminin yetersizliğinde ortaya çıktığını ve bu durumun tıbbi olarak engellenmesi mümkün olmayan bir komplikasyon olduğu” yer almaktadır. İHAM kararında ayrıca, somut olayda aşının uygun olmayan yöntemlerle uygulandığına veya riskten kaçınmak için gerekli tedbirlerin alınmadığına ilişkin bir durumun olmadığı tesbit edilmiştir. Sonuç olarak; aşının zorunlu olmadığı(tavsiye edilmekteydi) ve tıbbi bir hatanın bulunmadığı bir durumda üye devletleri aşı sebebiyle uğranan zararı tazmine zorlayan bir sosyal güvenlik önleminin Sözleşmenin konu bakımından kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.(pg.30)

Vavřička kararında bir tazminat başvurusu bulunmamaktadır. Ayrıca zorunlu eğitim devam yaşına geldiklerinde, ilkokula kabulleri aşı durumlarından etkilenmemiştir. Mahkeme, bir Devletin, aşılamanın sağlık açısından uzak bir risk teşkil ettiği aşından yararlanamayan az sayıdaki savunmasız çocuk da dikkate alınarak, evrensel olarak uygulanan bu koruyucu önlemi yasal bir görev ve sosyal dayanışma adına kabul etmelerini istemesinin orantısız olarak kabul edilemeyeceği kanaatinde. Sonuç olarak Mahkeme, Devlet tarafından aşılama ile izlenen meşru amaçlarla makul bir orantılılık ilişkisi içinde olduğu, takdir marjlarını aşmadıkları ve bu nedenle söz konusu tedbirlerin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunu kabul edilmiştir.

SONUÇ

Anayasa hukuku bakımından zorunlu aşı kavramının özellikle pandemi döneminde ulusal ve uluslarüstü alanda çok yönlü bir tartışma başlattığı açıktır. Vavřička kararının da katkıları ile bu tartışmanın farklı boyutlarından bazı asgari standartlara ulaşmak mümkün görünüyor.

Ulusal hukuk sistemlerinde büyük çoğunluk zorunlu aşı uygulamasını reddetmektedir⁹⁵. Zorunlu aşılamanın uygulandığı sistemler azınlıkta

⁹⁵ Almanya'da 60 yaş üstüne aşı zorunluluğu teklifi reddedildi. <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/almanya-da-60-yas-ustune-asi-zorunlulugu-teklifi-reddedildi,tqNFJsk7ckODM8mSZFvR1Q>, erişim tarihi 13.04.2022. Covid: Almanya'da 18 yaşından büyük herkese aşı zorunluluğu şimdilik rafa kaldırıldı. <https://www.bbc.com/turce/haberler-dunya-60990861>, erişim tarihi 13.04.2022.. “Mahkeme kararında, Omicron varyantına atıfta bulunarak Covid-19 aşısının etkisi azalsa da virüse karşı yine de koruma sağladığına dikkat çekti. Sağlık ve bakımevlerinde YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

kalmaktadır. Ancak aşının zorunlu hale getirildiği sistemlerde yasal düzenlemenin gerekli olduğu da açıktır. Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesi kararlarıyla teyit edildiği gibi yasallık ilkesi bakımından sorun bulunmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesinin, 2017 yılında 5/2018 sayılı kararı ile çocuklara yapılacak zorunlu aşıların sayısının 4 den 10 a çıkarılmasına ilişkin yasal düzenleme karşısında yasanın anayasaya uygunluğuna karar verirken yararlandığı esaslar öğreticidir:

“Tedavi yalnızca alıcının sağlığını iyileştirmeyi veya sürdürmeyi değil, aynı zamanda başkalarının sağlığını da korumayı amaçlıyorsa;

Normalde ortaya çıkan ve dolayısıyla tolere edilebilir sonuçlar dışında, tedavinin alıcının sağlığı üzerinde olumsuz bir etki yapması beklenmiyorsa;

Zarar görme durumunda diğer hususlardan ayrı olarak, zarar görene tazminat ödenmesi.”

Zorunlu aşıda karşılıklı olarak hakların dengelenmesi bizi hangi sonuçlara götürecektir?

Öncelikle, belki de zorunlu aşının kırmızı çizgisi aşının zorla doğrudan yapılmasının mümkün olmamasıdır. Bu durum açıkça vücut bütünlüğünün ihlali olarak nitelendirilecektir. Ayrıca işkence ve kötü muamele olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Vavřička kararında karşıoyda vurgulanan “çocuklar genellikle aşıya direnirler” argümanı da bu bağlamda ilginçtir.

İkincisi bir aşılama ile ilişkin riskleri ortadan kaldıracak güvenlik prosedürüne ihtiyaç bulunmaktadır. Aşıların etkililiği ve aşılarla duyulan güvene ilişkin esaslar, aşılamanın belli bir protokolle ve ehil kişiler tarafından yapılması önem taşımaktadır.

Bu verilerle bağlantılı olarak sürecin şeffaf olması da çok önemli bir güvence olarak kabul edilmelidir.

Zorunlu olmayan aşı sebebiyle tüm tedbirler alınmasına rağmen zarar doğmuşsa sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat yükümlülüğü sözleşme

çalışanlarının virüsü savunmasız kişilere bulaştırabileceğine işaret edilen kararda, hastalığın bu kişiler açısından ölümcül sonuçları olabileceği vurgulandı. Kararda, aşı zorunluluğuna onay verilmesinin, ortaya çıkabilecek zararın ağırlığı ile bağlantılı olduğu vurgulandı. Aşının geçici yan etkileri olabileceği ve istisnai vakalarda ölümcül olabileceği, ancak buna karşın virüsün savunmasız kişilerde daha büyük zararlara yol açmasının çok daha yüksek bir ihtimal olduğu belirtildi.” Almanya’da Anayasa Mahkemesi, sağlık kuruluşları ve bakımevinde çalışanlara aşı zorunluluğu uygulanmasını onayladı. Uygulama, 15 Mart’tan itibaren yürürlüğe girecek. <https://www.dw.com/tr/almanya-anayasa-mahkemesinden-a%C5%9F%C4%B1-zorunlulu%C4%9Fu-karar%C4%B1/a-60743785> erişim tarihi 13.04.2022

kapsamından çıkmamaktadır⁹⁶. Ancak Devletlerin bu konuda kusursuz sorumluluk esasını benimsemesinin önünde kuşkusuz bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca aşının zorunlu olması halinde bu değerlendirmenin farklılaşması gerekecektir.

Aşılama zorunlu eğitime engel olmamalıdır. Vavřička kararında zorunlu olmayan okul öncesi eğitime ilişkin bir uygulama söz konusudur. Zorunlu ilköğretim için bu tür bir zorlayıcı uygulama bulunmamaktadır.

Aşının reddinin laik olan ve olmayan vicdani red hakkı bakımından da tartışılması gerekir. Hem laik, hem de laik olmayan inançlar bakımından koşulları gerçekleştiğinde vicdani red olanağı kabul edilmelidir.

Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others kararında, üçüncü şahısları koruma ihtiyacına dair herhangi bir belirti ...” bir salgın sırasında zorunlu aşılama” olmadıkça devletin bireysel özgürlüklere müdahale etmemesi gerektiği belirtilmektedir. Vavřička kararında tıbbi nedenlerle aşı olamayan çocukların anaokuluna devam edebilmeleri, diğer çocuklar arasında bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama oranının çok yüksek olmasına bağlı olması nedeniyle evrensel olarak uygulanan bu koruyucu önlem yasal bir görev ve sosyal dayanışma adına kabul edilmesini istemenin orantısız olmadığı kanaatinde dir.⁹⁷ Aşının zorunlu olmadığı sistemlerde aşılama oranlarının zorunlu olanlardan daha yüksek olduğu örnekler de bu bağlamda dikkate alınmalıdır. Muhalif yargıç Wojtyczek'in belirttiği gibi, bulaşıcı hastalıklar çeşitli açılardan birbirinden farklı olduğundan, bir aşılama görevinin orantılılık değerlendirmesinin "hastalık bazında" yapılması doğru olacaktır.

Zorunlu aşı ücretsiz olmalıdır.

AİHS'nin 8. Maddesine yapılan tüm müdahaleler gibi, aşılama stratejileri de yalnızca orantılıysa meşrudur Vavřička başvurusunda idari para cezası olması, sadece bir kez uygulanması ve nisbeten ılımlı miktarda olması, alt sınırının uygulanması müdahalenin oranlı olması bakımından etkili olmuştur. Mahkeme, aşı yaptırmanın sağlık açısından uzak bir risk teşkil ettiği kişilerin bu görevi 'sosyal dayanışma adına' kabul etmelerinin orantısız olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır⁹⁸.

⁹⁶ Seyit Baytüre ve Diğerleri, 3270/09. Pg. 30. “Ancak, aşılamanın zorunlu olmadığı bir sistemde, tıbbi bir hata olmasa bile, bir aşının neden olduğu zarardan mağdur olan kişilere tazminat ödenmesi sisteminin yerleştirilmesi, Sözleşme kapsamından çıkan temel anlamda bir sosyal güvenlik ölçüsüdür.”

⁹⁷ (paragraf 285, 306 ve 310)

⁹⁸ (paragraf 306).

Aşı uygulamasında da ayrımcı zorlama kullanımından kaçınılmalıdır. Daha önce belirtildiği gibi, aşı tereddütleri etnik azınlıklar ve marjinal gruplar arasında daha yaygındır. Bu nedenle, devletlerin eğitim kampanyalarının bu gruplara ulaşmasını sağlaması ve üyelerinin bilinçli aşılama seçimleri yapmasını sağlamaları gerekir. Güven oluşturmak ve dezenformasyonu önlemek için ek çabalar da gerekli olabilir. Dahası, belirli gruplar arasında aşı tereddütlerinin daha yüksek olması, zorunlu aşılama politikalarının olası ayrımcı etkileri hakkında soruları gündeme getirmektedir. Aşılınmamış insanları cezalandıran ve toplumun belirli alanlarından dışlayan bu tür politikalar, azınlık grupları üzerinde farklı bir etki riski taşır ve bu nedenle halihazırda mevcut olan sosyal dezavantajı ve damgalanmayı daha da kötüleştirebilir. Bu nedenle, herhangi bir zorunlu aşılama politikası, ayrımcılığın önlenmesi için dikkatli bir şekilde formüle edilmelidir.

Vavřička kararında devletlerin takdir marjı kapsamlı olarak değerlendirilmiştir. Buna göre; önce sağlık alanı mahrem alan olduğu için devletin takdir marjının dar olduğu belirtilmiş; sonrasında doğrudan zorla bireylere aşı yapılmadığı için bu marj genişletilmiş, ardından her bir devletin ve uluslararası uzmanların aşılama bakış açılarının olumlu olmasına ve yöntem konusunda bir birlik olmadığından hareketle üye devlet marjının geniş olduğuna karar verilmiştir.

Mahkeme aşılamanın hastalıklara karşı savunmasız olanlar da dahil toplumun tüm kesiminin sağlığını korumak adına yapılan bir “sosyal dayanışma” olarak görmektedir. Mahkeme bu aşamada Avrupa Konseyinin hakların sorumluluk bilinci ile kullanılmasına işaret eden parlamenterler Assamblesi Yönergesine⁹⁹ gönderme yapmaktadır. Bu sebeple takdir marjı mahkemeye göre genişler.

Solomahkin kararında bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme zorunluluğu"olarak değerlendirilirse, bu tür bir müdahalenin haklı olabileceği belirtilmektedir. Tıbbi müdahalenin başvuranın zararına olmayacağından emin olmak için gerekli tedbirlerin alınması ve bireyin vücut bütünlüğü ile kamu yararı arasında dengenin kurulması gerekir.

Yapılan araştırmalar çocuk aşılarının zorunlu hale getirilmesinin her örnekte aşılama oranının artması ile sonuçlanmadığını göstermektedir. Çocuk aşıları konusunda BM 15 nolu protokolün aşığı tavsiye ederek çocuğun yüksek yararı kapsamında gördüğü hatırlanmalı, ancak her

⁹⁹ 1845(2011) sayılı Yönerge.

çocuğun özel durumuna ilişkin hususlar da çocuğun üstün yararı kapsamında değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- A. Nilsson "Is Mandatory Vaccination Against COVID-19 Justifiable Under the European Convention on Human Rights?", GC Human Rights Preparedness, 15 April 2021, R. B. Erman, Zorunlu Aşı, Ceza Hukuku Derneği Söyleşileri, <https://www.youtube.com/watch?v=0grppYx4roo>, erişim tarihi 24.5.2021.
- <https://gchumanrights.org/preparedness/article-on/is-mandatory-vaccination-against-covid-19-justifiable-under-the-european-convention-on-human-rights.html>, erişim tarihi 15.10.2021
- A. E. Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ekim 2001, Doktora Tezi.
- D. McConnell, Conscientious Objection in Health Care: Pinning down the Reasonability View, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, Volume 46, Issue 1, February 2021, <https://doi.org/10.1093/jmp/jhaa029>, <https://academic.oup.com/jmp/article/46/1/37/6054702>, erişim tarihi 24.9.2021.
- E. Şen-M.V. Ervan, Zorunlu Aşı, <https://sen.av.tr/tr/makale/zorunlu-asi#:~:text=%5B2%5D%20Madde%2064%3B%20%E2%80%9C,hastal%20C4%B1%20kar%20C5%9F%20bu%20kanunda%20mezk%20C3%BCr>, erişim tarihi, 25.1.2022
- E. Biss-Mavis Biss, Are Anti-vaxxers Conscientious Objectors?, <https://www.theatlantic.com/family/archive/2019/07/anti-vaxxers-measles-conscience-morals/594646/>, erişim tarihi 27.9.2021.
- F. Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **Anayasa Yargısı**, 19, Ankara, 2002.
- H. Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 94.
- I. Dumont, Jocelyn Maclure, *Secular and Religious Reasons for Conscientious Objection*, 2021.
- Morten Magelssen, Nhat Quang Le, Magne Supphellen, *Secularity, Abortion, Assisted Dying and the Future of Conscientious Objection: Modelling the Relationship Between Attitudes*, <https://bmcmedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-019-0408-4>, erişim tarihi, 27.9.2021
- K. Kanadoğlu K. Zorunlu Aşının Anayasallığı. <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asininanayasalligi/#fn9>.

- K. Gözler, “Anayasa değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2001/4, yıl, 59.
- O. Akbulut, Covid-19’a Karşı Zorunlu Aşı Mümkün mü? <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC>, erişim tarihi 11.4.2022.
- O. Can, “Vicdani Red Anayasal Bir Hak mı?”, **Radikal**, 12.7.2005.
- S. Clarke, Alberto Giubilini and Mary Jean Walker, Conscientious Objection to Vaccination Bioethics ISSN 0269-9702 (print); 1467-8519 (online) doi:10.1111/bioe.12326 Volume 31 Number 3 2017 pp 155–161, file:///C:/Users/Sultan/Downloads/Conscientious_Objection_to_Vaccination.pdf, erişim tarihi 27.9.2021.
- S. Esen, Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü, Yetkin, Ankara, 2014, s. 160.
- S. Metin. "Covid-19 Bağlamında Zorunlu Aşı Tartışmalarının Hukuki Boyutu" . Sağlık Bilimlerinde İleri Araştırmalar Dergisi 4 (2021): 37-50 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sabiad/issue/65901/958025>
- S.T. Üzeltürk, Vicdani Sebeplerle Askerliğin Reddi Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erdoğan Teziç’e Armağan.
- T. Şirin, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş. Anayasa Hukuku Dergisi 2020;9(17)
- Y. Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara, 2002

KARARLAR

İHAM ve İHAK kararları

- Association X. v/the U.K. Başvuru no. 7154/75, 12 Temmuz 1978 tarihli Komisyon kararı, DR 14, s. 31.
- Seyit Baytüre ve Diğerleri, Başvuru no: 3270/09, 12.3.2013.
- Case of Wunderlich v. Germany, application no. 18925/15, 10 January 2019.
- Olsson v. Sweden, application no. 10465/83, 24 March 1988,
- Kokkinakis v. Greece, Application no. 14307/88) 25 May 1993.
- Case of Strand Lobben and Others v. Norway application no. 37283/13, 10 September 2019.
- Case of Pedersen and Others v. Norway, (Application no. 39710/15), 10 March 2020, FINAL, 07/09/2020
- Campbell and Cosans v. UK. A 48, 1982

- Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia, (application no. 302/02), 10 June 2010, Final, 22/11/2010
- Case of Solomakhin v. Ukraine App. no. 24429/03, *15 March 2012.*, Final, 24/09/2012. *FINAL.* 24/09/2012.
- Autio v. Finland, (application no. 17086/90), DR. 72, s. 245, (1991).
- N. v. Sweden, (application no. 10410/83), DR. 40, s. 203.(1984).
- Amann v. Switzerland, Application no. 27798/95, 16 February 2000
- Iordachi and Others v. Moldova, Application no. 25198/02, 10 February 2009, FINAL 14/09/2009.
- Kopp v. Switzerland, Application no, 23224/94, t 25.3.1998.
- Malone v. UK , Application no. 8691/79 2 August 1984
- Carlo Boffa and 13 others v/San Marino, *15/01/1998*, Application No. 26536/95 ...
- Silver and Others v. U.K, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25th March 1983
- Vavricka and Others v. the Czech Republic, Applications nos. 47621/13 , 8 April 2021.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- K.2012/184, EK.G. 22.11.2012, R.G. 24.1.2014, S.28892.
- E.2020/24, K.2021/39, K.T.3/6/2021.
- E. 2006/101, K. 2008/126, K.T. 19.6.2008, R.G. 19.11.2008-27059
- E. 2014/176, K. 2015/53, K.T. 27.5.2015, R.G. 26.6.2015-29398
- E.2002/112, K.2003/33, K.T. 10.4.2003, AYMKD.39/I, s.489 vd.
- E. 1988/50, K.1989/27, K.T. 23.6.1989, R.G.4.10.1989, S.20302.
- Özkan Kart Başvurusu, Başvuru numarası:2013/1821.
- Salih Gökalp Sezer Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/5629, 21/11/2017.
- Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu Başvurusu Başvuru Numarası: 2013/7246, 23/3/2016.
- Halime Sare AYSAL Başvurusu**, Başvuru Numarası: 2013/1789, 11/11/2015.
- Muhammed Ali Bayram Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/4077, 29/6/2016.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

(PRINCIPLE OF RULE OF LAW)

Prof. Dr. Oktay Uygun * **

ÖZ

Avrupa siyasal düşüncesi 15. ve 16. yüzyıllarda mutlak, sürekli ve bölünmez nitelikte egemen bir iktidarın nasıl kurulabileceği arayışına yönelmişti. Sonraki yüzyıllarda ise bu egemen iktidarın nasıl sınırlanabileceği tartışılmaya başlandı. “Doğal haklar teorisi” ve “kuvvetler ayrılığı ilkesi” 17. ve 18. yüzyıllarda egemen iktidarın sınırlanması için önerilen en etkili iki çözüm olarak sunuldu. 19. yüzyıldan itibaren iktidarın sınırlanması tartışmalarında hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti olarak adlandırılan ilkenin öne çıktığını görüyoruz. Gerçi bu ilkenin İngiltere’deki serüveni daha eskidir: Fikir olarak 17. yüzyılda etkili olmuş, 18. yüzyılda ise İngiliz devlet sistemine tamamen yerleşmiştir. Kıta Avrupası ülkelerinde hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi 19. ve 20. yüzyıla kalacaktır. Günümüzde pek çok devletin anayasasında yer bulsa ve bir siyasal ideal olarak onaylansa da, hukukun üstünlüğü ilkesinin içeriği konusunda görüşler önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Bu makalede hukukun üstünlüğü ilkesinin doğuşu, modern devletteki önemi, eleştirisi, anayasal bir ilke olarak Türkiye’deki gelişimi ve son yıllarda geçirmekte olduğu değişim incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Common Law, Hukukun Üstünlüğü İlkesi, Takdir Yetkisi, Temel Hukuk İlkeleri*

ABSTRACT

European political thought in the 15th and 16th centuries sought to establish an absolute, permanent and indivisible sovereign power. In the following centuries, discussions began on how this sovereign power could be limited. Natural rights theory and the principle of separation of powers were presented as the two most effective solutions proposed for the limitation of sovereign power in the 17th and 18th centuries. Since the 19th

Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 14.01.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma Tarihi: 27.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9027-7297.

Eser Atf Şekli: Oktay Uygun, “Hukukun Üstünlüğü İlkesi”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.521-558.

century, we see that the principle called the rule of law has come to the fore in the debates on the limitation of power. Though, the adventure of this principle in England is older: As an idea, it was effective in the 17th century, and in the 18th century it was completely settled in the British state system. Adoption of the rule of law principle in continental European countries will remain in the 19th and 20th centuries. Although it is included in the constitutions of many states and is approved as a political ideal, opinions differ significantly on the content of the rule of law principle. In this article, the birth of the rule of law, its importance in the modern state, its criticism, and its development in Turkey as a constitutional principle will be examined.

Keywords: *Basic Principles of Law, Common Law, Judicial Discretion, Rule of Law*

Hukukun üstünlüğü veya *hukuk devleti* ilkesinin en özlü tanımı, devletin hukukla bağlı olmasıdır: Devlet bütün eylem ve işlemlerini hukuki usullerle ve hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirir. Bu özeliğiyle hukukun üstünlüğü ilkesi, birbiriyle bağlantılı iki önemli sonuç doğurur. Birincisi, devletin faaliyetlerinde *keyfilik* yerine *kurallılık* hâkim olur. İkincisi, hukuk önceden belirlenen, ilan edilen ve bilinen kurallardan oluştuğu için kişiler davranışlarını bu kurallara göre ayarlayabilir; ceza ve yaptırımlardan kaçınabilir, imkân ve fırsatlardan yararlanabilir. Bu sonuçların ortaya çıktığı bir devlet düzeninde kişilerin *hukuk güvenliği* sağlanmış olur. Bu ilkenin karşılığı olarak İngilizcede *rule of law*, Fransızcada *État de droit*, Almancada *Rechtsstaat* kavramları kullanılıyor. Yakın anlamlı bu kavramları Türkçede *hukukun hükümranlığı/üstünlüğü* veya *hukuk devleti* gibi terimlerle karşılıyoruz.¹

Günümüzde hukukun üstünlüğü ilkesi üzerinde adeta *küresel bir konsensüs* oluşmuştur. Farklı siyasal rejimlere sahip devletlerin ve farklı dünya görüşlerine sahip yazarların hukuk devleti ilkesini “iyi”, “yararlı”

¹ Hukuk devleti ilkesinin kökenleri, tarihsel gelişimi ve işlevi için bkz: Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, New York, 2004; Christopher May, Adam Winchester (Ed.) *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018; Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük (Ed.) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasal Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara, 2008; M. Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008; Mithat Sancar, *Devlet Akli Kışkacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012; Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirtilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta, İstanbul, 2013, s.7-45; Berke Özenç, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

hatta “vazgeçilmez” gördüklerini gözlemliyoruz. Aynı anda Fransa, İngiltere, Mısır, Çin ve Suudi Arabistan gibi birbirinden oldukça farklı rejimlere sahip devletler bu ilkeyi savunabilmektedir. Siyasal yelpazenin sağında veya solunda yer alan, liberal, muhafazakâr, sosyal demokrat, çevreci veya feminist olan kanaat önderleri bu ilkeyi ortak aklın ürünü veya sağduyunun sesi gibi karşılamaktadır. Oysa *eşitlik* ve *özgürlük* gibi çağımızda önem kazanmış diğer ilkeler bakımından aynı küresel konsensüsü görmek mümkün değildir.² Kuşkusuz, bu küresel konsensüs gerçeği tam olarak yansıtmıyor. Çünkü bir siyasal ideal olarak hukukun üstünlüğü ilkesi onaylansa da, bu ilkenin ne anlama geldiği sorulduğunda görüşler önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Şimdi bu görüş farklılıklarını ilkenin tarihsel gelişimini dikkate alarak inceleyelim.

A- Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Kişisel, sınırsız ve mutlak bir iktidarın keyfiliğe yol açarak toplum düzeni için yıkıcı sonuçlar doğuracağı düşüncesinin izleri antik uygarlıklara kadar takip edilebilir. Antik Çağ’da ve Orta Çağ’da çok sayıda düşünür *keyfi* yönetimin karşısına *hukuka uygun* yönetimi koymuştur. Hukuk, keyfiliğin aksine, bir tür “ortak akıl”, “sağduyu”, “doğal düzen”, “nesnellik” veya “rasyonalite” ile özdeşleştirilmiştir.³ Örneğin, *Aristoteles*, “yasa her şeye egemen olmalı”⁴ diyerek bu esasın gözetilmediği bir demokrasinin despotizme dönüşeceğini vurgular: “Devletler, yasa uyarınca demokrasiyle yönetildikleri zaman demagoglar yoktur, en iyi yurttaşlar sağlamca baştedir; oysa yasaların egemen olmadığı yerde demagoglar baş gösterir... Demos, yasaların denetimi altında bulunmadığı için mutlak erke erişmeyi amaçlar ve bir despot gibi olur.”⁵

Bu tür görüşler hukuk devletinin bazı özelliklerini ortaya koymuş olmakla birlikte, bu ilkenin günümüzdeki anlamına yakın köklerini daha yakın bir dönemde, Modern Çağ’da Avrupa’da aramalıyız. Modern Çağ’da çeşitli düşünürlerin ve hukukçuların katkılarıyla şekillenen hukukun üstünlüğü ilkesi ilk kez 18. yüzyılda İngiltere’de hayata geçirilmiş; devletin temel bir özelliği haline gelmiştir. Kıta Avrupa’sı ülkelerinin bu ilkeyi

² Tom Ginsburg, “Difficulties with Measuring the Rule of Law”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.48

³ Friedrich A. Hayek, “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti” (Çev. S. G. Göktoğla, A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.48-52

⁴ Aristoteles, *Politika* (Çev. M. Tuncay) Remzi Kitabevi, İstanbul, 1983, s.118

⁵ Aristoteles 1983, s.117-118

benimsemeleri çok daha geç bir tarihte gerçekleşeceği gibi, ilkenin işlevi konusunda da İngiliz anlayışı ile önemli farklılıkları vardır.

Hukukun üstünlüğü ilkesi ile Modern Çağ'da ortaya çıkan *egemenlik teorisi* arasında muazzam bir çelişki vardır: Bu ilke hukuk-devlet ilişkisinde hukukun üstün olduğunu belirtir. Devlet tüm eylem ve işlemleriyle hukuka tabidir. Oysa egemenlik teorisinde üstün olan devlettir ve hukuk devlet iktidarını sınırlayıcı bir işleve sahip değildir. Jean Bodin ve Thomas Hobbes'a göre, devleti diğer iktidar yapılarından ayıran temel unsur *egemen* bir iktidar olmasıydı. Bu düşünürler egemenliği yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli iktidar olarak tanımlarken, aynı zamanda hukukla sınırlı olmadığını da söylerler. Gelenekler, insan yapımı yasalar, kişiler veya kurumlar egemeni sınırlayamaz. Zaten Hobbes'a göre hukuku yaratan devletin iradesidir. Egemen iktidar kendi koyduğu yasalarla bağlı değildir, çünkü o, istese de kendi elini kolunu bağlayamaz.⁶ Bu görüşlerin doğal bir sonucu, hukuk-devlet ilişkisinde devlet iktidarının hukukun üzerinde konumlandırılmış olmasıdır. Bu çelişki, hukukun üstünlüğü ilkesinin kabul edildiği siyasal sistemlerde egemenliğin anlamının *mutlak* iktidardan *sınırlı* iktidara dönüşmesiyle aşılabilmektedir.

Anglo-Amerikan Hukuku

İngiliz ve sonradan Amerikan hukukunda *rule of law* kavramı daha çok yurttaşların insanlara tabi olmaması, insanlar tarafından yönetilmemesi olarak düşünülmüştür. Bu bağlamda, *hukukun hükümranlığı (rule of law) insanların hükümranlığı (rule of men)* kavramının karşıtı olarak anlaşılmıştır.⁷ İngiliz hukukçu A. V. Dicey, 19. yüzyılda bu yaklaşımın en güçlü savunucusu olarak ünlenmiştir. Dicey'e göre, hukuk iktidar üzerinde mutlak bir üstünlüğe sahiptir: "Bu anlayışta, hukuk toplumun 'yöneticisi' olarak tecessüm eder. Yönetim, vatandaştan hiç de aşağı kalmayan bir biçimde, hukuka tabi olarak görülür. Devlet ihtiyaç duyduğunda, bilinen süreçler aracılığıyla hukuku serbestçe değiştirebilir ama devletin tüm görevlilerinin ve organlarının faaliyetleri hukuka tabi olmak zorundadır..."

⁶ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.207-225

⁷ Michel Rosenfeld, "Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti" (Çev. A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.217-218; Pietro Costa, "The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.147; Tamanaha 2004, s.122-126

Hukukun üstünlüğü doktrini hukukun bilinir ve öngörülebilir kurallardan oluşmasını gerektirir.”⁸

Peki, bir devlet düzeni insanların yönetimi olmadan nasıl gerçekleşecek? Bir şekilde tüm yurttaşlar milletvekili, cumhurbaşkanı, bakan gibi kamusal görevler üstlenen insanlar tarafından yönetilmiyor mu? Hukuk insanların yönetimini nasıl ortadan kaldıracaktır? Bu soruya şöyle cevap verilebilir: Eğer yöneticiler yalnızca hukuk kurallarını uyguluyor, bütün faaliyetlerinde hukukun sınırları içinde kalıyorsa, gerçekte kişilerin yöneticilere değil hukuk kurallarına tabi olduğu söylenebilir. Yöneticilerin yaptığı işin hukuk kurallarının hayata geçmesine aracılık etmek gibi *teknik* bir boyutta kaldığı ileri sürülebilir.

Bu noktada şu soru sorulmalıdır: Yöneticiler hukuk kuralları içinde hareket etse bile, hukuk kurallarını da eskiden kral, şimdilerde parlamento çatısı altında toplanan milletvekilleri çıkartmaktadır. Bir kral veya parlamento kendi takdirine bağlı olarak istediği kanunları koyabiliyorsa, bu kanunlara uymakla yükümlü kişiler için hala *insanların yönetimi* değil, *hukukun yönetimi* ifadesini kullanabilir miyiz? Bu soruya “evet” cevabı vermek mümkün değil. Hatta bir adım daha ileri gidip şunu da söyleyebiliriz: Hukuk kurallarının devlet iradesi dışında bir kökeni olsa da, bu kurallar tek taraflı ve keyfi olarak kolayca değiştirilebiliyor, göz ardı edilebiliyor veya yöneticiler kendilerini hukukun üzerinde bir yerde konumlandırıyor, söz konusu olan hukukun hükümlerine değil yöneticilerin hükümlerine göre hareket ediyor.

İşte, Anglo-Amerikan sisteminin farklılığı bu noktada ortaya çıkıyor. İngiliz hukuku, *Common Law* egemen bir iradenin (kralın veya parlamentonun iradesinin) ürünü değildir. İngiliz baş yargıç *Sir Edward Coke*'un (1552-1634) belirttiği üzere *Common Law* bir normlar, gelenekler ve içtihatlar sistemidir. Geleneğin izlenmesi ve avukat ve yargıçların güçlü hukuki muhakemeleriyle zaman içinde oluşmuştur. Kral ve parlamento dahil, devletin bütün organları bu kurallara uymakla yükümlüdür.⁹ *Common Law* daha çok yargıç yapımı hukuk gibi görülse de, aslında yargıçlar hukukun yaratıcısı değil, Blackstone'un deyişiyle, emanetçisidirler. “Yargıçlar, hukuka dair, henüz onlar karar vermezden evvel var olduğu

⁸ Roger Cotterrell, *Hukuk Sosyolojisi* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.217

⁹ Costa 2018, s.140-142; Tamanaha 2014, s.57. *Common Law*'un niteliği üzerine farklılaşan görüşlerin değerlendirmesi için bkz: Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York, 2006, s.11-40; Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.45-86
YUHF Vol. XIX Special Issue (2022)

kabul edilen bütünsel ve içkin bilgeliğin bir kısmını ortaya çıkarırlar... Bunu yeni hukuk fikriyatının özgün yaratıcısı olarak değil, kendi bilgeliğinden daha büyük bir kolektif bilgeliğin bir temsilcisi olarak yapar. Hukuku yorumlar ve uygular ama onu yaratmaz; çünkü hukukun bireysel yaratıcıları olmaz. O, kendi tarihi olan bir topluluğun ürünüdür.”¹⁰

Anglo-Amerikan sisteminde, hukukun devlet karşısındaki özerkliği nedeniyle, hukuka tabi olmanın insanlara tabi olmamak olarak anlaşılmasının gerçeklikle örtüşen bir yanı vardır. Tarihsel süreçte hukukun devlet karşısındaki özerkliği güçlü biçimde vurgulanmıştır: Önceleri *Common Law*'un aklının Tanrı'nın aklından türediği, bu nedenle bireylerin aklını aşan bir yönü bulunduğu vurgulanırdı. O nedenle, parlamentonun çıkardığı yasaların müşterek haklara ve akla aykırı tarafı varsa, bu tür yasaların geçersiz ilan edilebileceği kabul edilirdi. Laikleşme sürecine paralel olarak, zamanla, *Common Law* akıl yoluyla ulaşılan *bir doğal hukuk* gibi görülmeye başlandı. *Common Law*'un devletten ve tüm siyasal gelişmelerden bağımsız ve değişmeden kaldığına dair fikirler o denli ileri götürüldü ki, İngiltere'nin Norman askeri istilasıyla 1066'da ele geçirildiğinde bile hukuki bir kesinti yaşanmadığı savunuldu. Çünkü askeri istilanın bir kesintiye yol açtığı kabulü, siyasal kurumlardan ve gelişmelerden etkilenmeyen efsanevi *Common Law* doktrininin üzerinde silinemez bir *egemenlik lekesi* bırakabilirdi.¹¹

İnsanların değil hukukun yönetimi formülü İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde erken tarihli mahkeme kararlarına yansımıştır. İşte iyi bilinen iki örnek. İlk örnek İngiltere'den: *Kral I. James* ile baş yargıç *Sir Edward Coke*'un karşı karşıya geldiği 1607 tarihli *Yasaklar Davası*'nda, baş yargıç, kralın verdiği bir kararı iptal ederken 13. yüzyılda yaşamış İngiliz hukukçu ve din adamı Henry Bracton'un şu sözünü kullanmıştır: *Kral hiçbir insana tabi değildir ama Tanrı'nın ve hukukun yönetimi altındadır.*¹² Burada sözü edilen hukuk, kuşkusuz ki kralın buyrukları değildir; kralın da tabi olduğu, geleneklerden hareketle üretilen mahkeme içtihatlarından oluşan *Common Law*'dır. Coke'a göre *Common Law* krallığın temel yasası ve aklın simgesidir; yalnızca yönetime ilişkin esasları değil yurttaşların hak ve özgürlüklerini de içerir. Kralın iktidarının, parlamentonun yetkilerinin ve

¹⁰ Cotterrell 2019, s.50-51

¹¹ Cotterrell 2019, s.66-67

¹² J. W. F. Allison, “Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.167; Tamanaha 2004, s.29; Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta, İstanbul, 2013, s.7-8
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

kişilerin haklarının kaynağı odur. Kral ya da parlamento onun ilkelerini değiştiremez.¹³

İkinci örnek Amerika Birleşik Devletleri'nden: ABD'de, Yüksek Mahkeme'nin anayasaya uygunluk denetiminin yolunu açan 1803 tarihli ünlü *Marbury v. Madison* kararında şöyle denilmiştir: “Birleşik Devletler yönetimi insanların değil, hukukun yönetimi olarak tanımlanmıştır. Eğer hukuk kazanılmış bir hakkın ihlaline çare bulamazsa, bu yüksek sıfatı kesinlikle hak etmeyecektir.”¹⁴ *Marbury v. Madison* kararı hukukun üstünlüğü ilkesinin yanı sıra, bu ilkeyi bir devlet sistemi içinde koruyacak prestijli bir yargısal organın varlığını da haber verir. Bu kararla Mahkeme, kendisine, anayasada yazılı olmayan yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yetkisini tanımış ve bunu yaparak yasama ve yürütme gibi bağımsız ve etkili bir devlet organı olduğunu topluma kabul ettirmiştir.¹⁵

Alman ve Fransız Hukuku

Hukuk devleti ilkesinin içeriği ve tarihsel gelişimi bakımından Almanya ile Anglo-Amerikan düşüncesi arasında önemli bir farklılık vardır. İlk belirtilmesi gereken farklılık, hukuk ve devlet arasındaki ilişkidir. Az önce değindiğimiz gibi, İngiltere’de hukuk devletten bağımsızdır; devleti sınırlayıcı ve kişilerin haklarını koruyucu bir işlev görür. Alman düşüncesi, eskiden bu anlayışa tamamen yabancıydı. Almanlar devlet ve hukuku bir madalyonun iki yüzü gibi düşünme eğilimindedir. Hukuk devletten özerk olmadığı gibi asıl işlevi de devlet iktidarını sınırlamak değildir. Hukuk, devlet iradesinin hayata geçirilmesinin aracıdır. Devlet, yetkilerini yalnızca

¹³ Jean Touchard, *Siyasal Düşünceler Tarihi* (Çev. İ. Yerguz) İslık Yayınları, İstanbul, 2015, s.341. “Sir Edward Coke’un XVII. yüzyılda Kral ve Parlamentonun mutlakiyetçiliğine karşı verdiği ikili mücadelede formüleştirdiği anlayışta, yargıçların beyan ettiği *Common Law*, ikinci derecede bir hukuk kaynağı olan kanunla (*Stautory Law*) sınırlanamaz.” Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s.37

¹⁴ “The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.” ABD Yüksek Mahkemesi, *Marbury v. Madison*, K.T: 24.02.1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137

¹⁵ Amerikan anayasal sisteminin temel esaslarını belirleyen bu kararın mimarı mahkeme başkanı John Marshall’dır. Marshall bu yönüyle ABD tarihinde haklı bir üne sahiptir: “Birleşik Devletler’de Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court), New York Broad Street’te, 1790 yılı Şubat’ı ikinci günü ilk defa toplandığında, halk yargıçların kırmızı-siyah kadife giysilerinden çok etkilenmiş ama Mahkeme’nin anayasal sistem içindeki rolü on yıl boyunca silik kalmıştı. Her şey John Marshhall’ın 1801’de Chief Justice olması ile değişecek ve Henri Steele Commager, ‘The American Mind’ adlı kitabında şunları yazacaktır: İngilizler için Kraliyet Ailesi, Almanlar için ordu, İspanyollar için Kilise ne ise, zamanla Yüksek Mahkeme de Amerikalılar için o oldu.” Çağlar 1989, s.28

hukuk kurallarıyla ve hukuki usullerle kullanabilir. Bu anlamda devlet hukuka ama hukuk da devlete bağımlıdır.

Alman siyasal kültüründe hukuk ile devlet arasındaki bu sembiyotik ilişki, hukuka devlet karşısında bir “üstünlük” vermez. Almanların 19. yüzyılda hukuk devleti olarak kullanmaya başladıkları *Rechtsstaat* kavramı da hukukun üstünlüğü veya hukukun yönetimi anlamına gelmez. “*Rechtsstaat*” *devletin hukuk yoluyla yönetimi (state rule through law)* olarak çevrilebilir. Buradaki hukuk devletten bağımsız olmadığı gibi, içeriğine ilişkin bir belirleme de söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, devletin sert, baskıcı, ayrımcı ve özgürlük karşıtı faaliyetleri tamamiyle hukuk kuralları aracılığıyla ve hukuki usullerle yürütülüyorsa *Rechtsstaat* ilkesi gerçekleşmiştir. Buna *hukuk devleti* yerine *kanun devleti* demek daha doğrudur. Almanya’da iki dünya savaşı arasında kurulan totaliter diktatörlüğün (*Nazizm*) neden olduğu vahim olaylar bu anlayışı köklü biçimde değiştirecektir: Almanların İkinci Dünya Savaşı ertesinde yaptıkları anayasada *Rechtsstaat* ilkesi, temel hakları koruyucu ve devlet iktidarını sınırlandırıcı güçlü bir anlam kazanmıştır.¹⁶

Rosenfeld’e göre, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Almanya’da hukuk devleti ilkesinin iktidarı sınırlandırıcı bir içeriğe kavuşması hiç de şaşırtıcı değildir. Çünkü *Rechtsstaat* düşüncesinin kökü Immanuel Kant’a dayanır ve 19. yüzyılın ortalarına kadar yalnızca şekli bir ilke olarak anlaşılıyordu; tersine, *Rechtsstaat* eskiden kanun devletini aşan ve bazı temel hakları koruyan bir anlama sahipti. Ama bu anlayış ne uzun ömürlü olabildi ne de yaygınlaşabildi. Yaklaşık yüz yıl boyunca Alman kamu hukukuna katı bir *pozitivizm* hâkim oldu. Katı pozitivizmin sorgulanması ancak Nazi vahşetinin son bulmasıyla mümkün olabildi. Bu nedenle, 1949 tarihli anayasanın ruhuna sinen doğal hukukçu bakış açısıyla, aslında, Alman Anayasası’nın *Rechtsstaat* ilkesini entelektüel köklerine geri döndürdüğü ileri sürülebilir.¹⁷

Günümüzde Almanlar *hukuk devleti* kavramını *polis devletinin* karşıtı olarak kavramsallaştırır. Polis devleti anlayışında, kamu düzenini korumak için devlet her türlü yola başvurabilir, her türlü tedbiri alabilir. Böyle bir anlayış keyfi yönetimi, sınırları belirsiz veya sınırsız bir iktidarı akla getiriyor. Oysa hukuk devleti dediğimiz zaman, devletin kamu düzenini

¹⁶ Rosenfeld 2008, s.222-234.

¹⁷ Rosenfeld 2008, s.224. *Rechtsstaat* ve *Rule of Law* kavramları arasındaki farklılığın daha derinlikli bir analizi için bkz: Tolga Şirin, “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti: Aralarında Fark Var mı?”, *Tuncer Karamustafaoğlu’na Armağan* (Haz. N. Çağan, İ. Tarakçıoğlu, S. Süzek vd.) Adalet Yayınevi, 2010, Ankara, s.679-696
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

sağlama görevini ancak hukukun sınırları içinde ve hukuki usullerle gerçekleştirebileceğini söylemiş oluyoruz. Hukuk kuralları genel, açık, çelişkisiz, etkili ve istikrarlı biçimde yapılıyor ve uygulanıyorsa, her yurttaş davranışını bu kurallara göre ayarlayabilir. Yurttaşlar, bu sayede, ceza almaktan, haklarını yitirmekten veya herhangi bir şekilde dezavantajlı duruma düşmekten kendini kurtarabilir. Ortaya rasyonel ve öngörülebilir bir hukuk düzeni çıkar. Üstelik, bu hukuk kuralları Anayasanın içerdiği *insan onuru* ve *eşitlik* gibi temel ilkelerin yanı sıra anayasanın değiştirilemez maddeleri arasında sayılan *temel haklara* da uygun olmak zorundadır.

Fransızların kullandığı *État de droit* kavramı Almanların *Rechtsstaat* kavramının çevirisidir. Bu kavram Almanya'ya göre çok daha geç bir tarihte Alman düşüncesinden etkilenecek ortaya çıktı. Fransızlar hukuk devleti kavramını, günümüzde, *temel hakların garantörü olarak devlet* anlamında kullanmaktadırlar.¹⁸ Fransız siyasal düşüncesinde Rousseau'nun görüşleriyle şekillenen *milli egemenlik* ve *milli irade* kavramlarının taşıdığı ağırlık nedeniyle, yakın tarihlere kadar parlamentonun temel hakları ihlal eden yasalarına karşı etkili hukuki önlemler alma imkânı yoktu. Rousseau yasayı *genel iradenin ifadesi* olarak düşünmüştür. Ona göre, yasaların müzakere ve oylama sürecinde kişilerin veya grupların çıkarlarını ifade eden özel iradeler birbirini eleyecek, geriye üzerinde uzlaşılan ve kamu yararına yönelik olan genel irade kalacaktır. İşte bu genel iradenin ürünü olan bir yasa her zaman doğru, haklı ve yanılmazdır. Böyle bir yasanın mahkemeler tarafından iptal edilmesi veya hukuk ile sınırlanması düşünülemez. Rousseau düşüncesinin etkisi altında, *État de droit* ilkesi Anayasa Konseyi'nin parlamentonun çıkardığı bir yasayı ilk kez iptal ettiği 1971 yılına kadar gerçek anlamda uygulanamamıştır. Fransa'da Rousseaucu yasa anlayışı, 2008 anayasa değişikliğiyle somut norm denetimi yolunun açılması ve Konsey'in tipik bir anayasa mahkemesine dönüştürülmesiyle aşılmıştır.¹⁹ Bir önemli farklılık da şudur: *État de droit*, Anglo-Amerikan ve Alman hukukundaki karşılıklarından farklı olarak hukuk sisteminin bir bütün olarak üstünlüğüne değil, yalnızca uygulama gücüne sahip temel haklara ilişkin kuralların üstünlüğüne dayanır.²⁰

¹⁸ Rosenfeld 2008, s.234

¹⁹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2016, s.215

²⁰ Rosenfeld 2008, s.235

B - Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Şekli ve Maddi Kriterleri

Hukuk devleti ilkesine ilişkin bu farklı anlayışların günümüzde vardığı nokta ortaktır: Devletin hukukla bağlı olması. Liberal siyaset teorisi devletin hukuka tabi olmasını birey özgürlüğünün temel güvencelerinden biri olarak görür. Peki, devletin hukukla bağlı olması her koşulda keyfi ve haksız işlemleri önleyip kişilerin özgürlüğünü güvence altına almaya yeter mi? Hukuk kurallarının içeriğinden bağımsız olarak devletin yalnızca bu kurallara uygun davranması hukuk güvenliği sağlar mı? Bu soru, bizi, hukukun üstünlüğü ilkesinin *şekli* kriterlerle mi, yoksa *maddi* kriterlerle mi tanımlanacağı konusuna götürüyor.

Günümüzde hukuk devleti ilkesini hukukun içeriğinden bağımsız, tamamen şekli kriterlerle tanımlama yönünde büyük bir entelektüel çaba vardır. *Joseph Raz*'a göre, hukuk devleti ilkesinin hukukun içeriği ile bir ilgisi yoktur. İnsan hakları ihlallerine, ırkçı bir ayrımcılığa, cinsel eşitsizliğe, dini baskıya veya ekonomik adaletsizliğe yol açan bir hukuk düzeni de hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmiş kabul edilebilir. Yeter ki devlet önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş kanunlara göre hareket ediyor olsun. Bu ilke hukukun içeriğinin iyi olmasını garanti etmez. Öyle olsaydı “hukuk devleti” veya “hukukun üstünlüğü” değil “iyi hukuk devleti” veya “iyi hukukun üstünlüğü” kavramları kullanılırdı. Böyle bir durumda, neyin iyi olduğu konusunda bir uzlaşma sağlanamayacağı için ilke uygulanabilir olmaktan çıkardı.²¹

Raz, hukukun üstünlüğü ilkesine yüklediği anlamın tepki çekeceğinin farkındadır: “Günümüzde ‘hukuk devleti’ kavramına gösterilen teveccüh dikkate alındığında, burada savunulan görüşlerin tepki çekmesi beni şaşırtmayacaktır. Ancak gelmiş olduğumuz seviyede, hiç kimse hakikatin tekeline sahip olduğunu iddia edemez ve başkalarını hukuk devleti kavramını çarpıtmakla suçlayamaz.”²² “Kuşkusuz, hukuk devletine uyumluluk hukukun kötü amaçlara hizmet etmesine de neden olabilir...Nasıl keskin bir bıçağın kötü amaçlar için kullanılması, keskinliğin bıçak için kötü olduğu anlamına gelmiyorsa hukuk devletine uygunluk bazen kötü sonuçlar doğurdu diye kötü olduğu anlamına gelmez...Hukuk, diğer pek çok araçtan farklı olarak, insanların elinde çok

²¹ Joseph Raz, “Hukuk Devleti ve Erdemi” (Çev. B. Canatan) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.150

²² Raz 2008, s.150

farklı amaçlar için kullanılabilir bir araçtır...Hukuk, bütün araçlar gibi, ahlaki açıdan nötr bir araçtır; iyi ya da kötü amaçla kullanılabilir.”²³

Hukuk devleti ilkesini gerçekleştiren şekli kriterlerin ne olduğu konusunda yazarların görüşleri birbirine yakındır.²⁴ Örneğin, Lon L. Fuller yasaların şu sekiz özelliği taşıması durumunda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşeceğini savunur:²⁵

1) *Genellik*: Yasalar olaya göre değişen gelip geçici kurallar değil, benzer tüm olaylara uygulanacak genel standartları içermelidir.²⁶

2) *İlan*: Yasalar herkesin öğrenebilmesi ve davranışlarını ona göre ayarlayabilmesi için önceden ilan edilmelidir.²⁷

3) *Geriye Yürümezlik*: Yasalar gelecekteki insan davranışlarını yönlendirmeyi amaçlamalıdır. Yasaların geçmiş olaylara uygulanması hem kişilerin onlara uygun davranmasını olanaksız kılar hem de kazanılmış hakları zedeler.

4) *Açıklık*: Yasaların dili herkes tarafından anlaşılacak derecede açık ve belirli olmalıdır. Aksi halde kişiler davranışlarını yasalara göre ayarlayamazlar.

5) *Çelişmezlik*: Yasalar birbiriyle uyumlu olmalıdır. Birbiriyle çelişen hükümler içeren yasalara uygun davranmak mümkün olmaz.

6) *İmkansızın İstenmemesi*: Yasalar yerine getirilmesi imkânsız hükümler içermemelidir.

7) *Süreklilik*: Yasalar ancak uzun süreli bir uygulama söz konusu olursa amaçlarına ulaşabilir. Bu nedenle sık sık değiştirilmemeli, istikrarlı bir şekilde uygulanmalıdır.

²³ Raz 2008, s.163

²⁴ Raz, Fuller ve Finnis'in şekli kriterlerinin karşılaştırması için bkz: Jorgen Moller, "The Advantages of a Thin View", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.27-32. Ayrıca bkz: Raz 2018, s.153-156

²⁵ Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul, 2016, s.62-112. Ayrıca bkz: Andrei Marmor, "Hukuk Devleti ve Sınırları", (Çev. S. G. Göktolga) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.173-175; Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.16-32

²⁶ "Genellik hukukun tarafsız hareket etmesi, kuralların herkese uygulanması ve özel durumlara yönelik olmaması manasında anlaşılmalıdır." Fuller 2016, s.62

²⁷ Kanunların ilan edilmesi bir başka açıdan da önemlidir: "Eğer kanunlar rahatça erişilebilir değilse, bunların onları uygulamakla ve icra etmekle görevli olanlar tarafından yok sayılmasına dair hiçbir kontrol mekanizması olamayacağı da açıktır." Fuller 2016, s.67

8) *Tutarlı Uygulama*: Yasaların yanlış yorum, ihmal, kasıt veya önyargı gibi nedenlerle olaydan olaya farklı uygulanması veya hiç uygulanmamasının önüne geçilmesi gerekir.

Bu tür şekli kriterler hukuk devleti ilkesinin yöneldiği amacı yani kişilerin hukuk güvenliğinin sağlanmasını gerçekleştirebilir mi? Burada, Fuller'ın bakış açısının hukuk devletini şekli kriterler üzerinden tanımlayan diğer yazarlardan farklılaştığına dikkat etmek gerekir: Fuller'e göre, hukukun bizzat varoluşu belli ahlaki unsurları içermesine bağlıdır. Ancak bu ahlaki unsurlar kuralların maddi içerikleriyle değil; hukukun yaratılma, ifade edilme, yorumlanma ve uygulanma biçimleriyle yani *prosedürel* yönleriyle ilgilidir. Bu bağlamda, geçerli bir vasiyet için iki tanığın katılımının zorunlu olması veya motorlu taşıtları yolun solundan sürme kuralı gibi tamamen teknik olduğu düşünülen kurallar bile ahlaki bir boyuta sahiptir. Bir hukuk kuralının yurttaşlardan sadakat talep etme kapasitesi, böyle bir ahlaki boyuta sahip olmasıyla mümkündür.²⁸

Yasalar, burada sözü edilen şekli kriterlere uygun olarak çıkartıldığında, içerikleri ne yönde olursa olsun, gerçekten kişileri keyfi işlemler karşı koruyabilir, haksızlığa uğramasını önleyebilir ve özgürlüklerini güvence altına alabilir mi? Hukuk devleti ilkesini tümüyle şekli kriterler ile tanımlayan yazarların bir kısmı bu soruya olumlu yanıt vermekte, bir kısmı ise bu şekli kriterlerin *kuvvetler ayrılığı* ve *yargı bağımsızlığı* gibi kurumsal güvencelerle desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir kısım yazarlar ise şekli kriterler ve kurumsal güvencelerin yanı sıra, hukuk devleti ilkesinin hukukun içeriğine ilişkin bazı kriterlere de sahip olması gerektiği görüşündedirler. İçeriğe ilişkin belirlemenin kapsamı tartışmalı olsa da, şekli ve maddi kriterlerin bir arada olması gerektiğini düşünen çoğu yazar hukuk devleti ilkesinin yargısız infazlar, işkence, zorla din değiştirme ve benzeri eylemleri yasaklayacak bazı *çekirdek hakları* barındırması gerektiğini savunur.

Hukuk devleti ilkesini hukukun içeriğinden bağımsız, tamamen şekli kriterlerle tanımlama yönündeki çabalar, bu ilkenin tarihsel süreci dikkate alındığında baskın veya süreklilik arz eden görüşler olarak nitelendirilemez. Raz'ın iddiasının aksine,²⁹ bu ilkenin geçen yüzyıllardaki ünlü savunucuları tümüyle şekli kriteri savunmamışlardır. Hukukun üstünlüğü kavramını modern çağda ilk kez kullanan İngiliz A. V. Dicey (1835-1922) ve sonrasında Avusturyalı ünlü siyaset bilimci ve ekonomist Friedrich A.

²⁸ Cotterrell 2019, s.197-199

²⁹ Raz 2008, s.150-151

Hayek'te (1899-1992) bile bu ilke kişisel ve siyasal haklarla iç içe geçmiştir. İlkenin amaçlarından biri bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak olarak düşünülmüştür. Oysa bu iki düşünürün söz konusu ilkeyi yalnızca şekli kriterler üzerinden tanımladığı konusunda yanlış bir inanç vardır. *Duguít, Hauriou* ve *Carre de Malberg* gibi ünlü Fransız siyaset bilimci ve hukukçular da ilkeyi haklarla birlikte ele almışlardır.³⁰ Anayasa hukukçusu Bakır Çağlar'ın deyişiyle, “hukuk devleti başından beri fert hakları ekseninde kurulmuş ve çok daha yakınlarda bir anayasa hukuku kavramı haline gelmiştir.³¹ İkinci Dünya Savaşı'nın ardından *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*'nin ilan edilmesiyle, hukuk devleti ilkesinin şekli kriterlerin yanı sıra bazı temel hak ve özgürlükler ile temel hukuk ilkelerini de içerdiği yönündeki görüş güçlenmiştir.

Maddi Hukuk Devleti Anlayışının Güçlenmesi

20. yüzyılda kurulan otoriter ve totaliter rejimlerin uygulamaları, hukuk devleti ilkesinin yalnızca şekli kriterler ile tanımlanmasının devleti hukukla bağlı kılmak ve yurttaşlara hukuk güvenliği sağlamak bakımından yetersiz kaldığını açıkça göstermiştir. Çünkü genellik, açıklık, geriye yürümezlik, çelişmezlik gibi şekli şartları yerine getiren yasaların içeriği keyfi, ayrımcı ve baskıcı olabilmektedir. Dolayısıyla, devletin bütün faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasını güvence olarak görebilmek için hukukun içeriğinin de iyi olması; yurttaşların hak ve özgürlüklerini ihlal etmeyecek niteliğe sahip olması gerekir. Böylece, hukuk devleti ilkesi sadece *şekli* olarak değil içeriği yönünden yani *maddi* açıdan da temellendirilmiş olacaktır.³²

Günümüzde, çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde, yüksek mahkemelerin hukuk devleti ilkesinin şekli kriterler yanında bazı maddi kriterlere de sahip olduğu görüşünü kararlarına yansıtıklarına sıklıkla tanık oluruz. Hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen bir devletin yurttaşlarına işkence yapamayacağını, vücut bütünlüğüne dokunamayacağını veya kimseyi inancını değiştirmeye zorlayamayacağını kabul ederiz. Hukuk devletini tamamen şekli kriterler üzerinden tanımladığımızda bu tür içeriğe sahip kanunlar çıkarılabilir ve böyle bir devlet hala hukukun üstünlüğü ilkesini benimsediğini ileri sürebilir. Nazi Almanya'sı (1933-1945) tipik örnektir. Nazilerin gerçekleştirdiği katliamlar ve vahşet *keyfi* işlemler değildi. “Keyfi

³⁰ Adriaan Bedner, “The promise of a Thick View”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.43-45.

³¹ Çağlar 1989, s.166

³² Şekli ve maddi hukuk devleti anlayışının karşılaştırması için bkz: Bedner 2018, s.34-47; Tamanaha 2004, s.91-113; Çağlar 2013, s.12-45

işlem” kavramını kamu görevlilerinin hukuk kurallarına aykırı biçimde gerçekleştirdiği işlemler ile özdeşleştiririz. Oysa Nazi Almanya’sındaki vahşet tamamen mevzuata uygun olarak gerçekleşti. Çünkü Naziler hukuk kurallarını kendi amaçlarına uygun olacak biçimde değiştirdiler. Milyonlarca Yahudi’nin, Çingene’nin, Slav kökenli insanın, bedensel veya zihinsel engellinin gaz odalarında katledilmesini, işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmasını, yurttaşlıktan çıkartılmasını ve mallarına el konulmasını emreden yasalar çıkardılar.³³

Nazi diktatörlüğü yıkıldıktan sonra, Almanya 1949 Anayasasıyla demokrasiyi yeniden tesis ettiğinde, temel hak ve özgürlükler anayasanın değiştirilemez hükümleri arasında sayıldı. Anayasa metninde “insan onuru”, “eşitlik” ve “özgürlük” gibi genel ilkelere yer verilerek Anayasa Mahkemesi’ne parlamentodan çıkan kanunların içeriğini denetleme yetkisi tanındı. Artık hukuk devleti ilkesi, şekli kriterlerin ötesinde kişilerin onurunu, hak ve özgürlüklerini koruyan bir içeriğe kavuştu. Bütün şekli kriterler yerine getirilse bile, devletin “masumiyet karinesi” veya “işkence yasağı” gibi temel ilkelere aykırı yasama faaliyetinde bulunamayacağı güvence altına alındı. Hukukun yalnızca parlamentodan çıkan kanunlar olmadığı, az önce belirtilen türden evrensel ilke ve kuralları da içerdiği kabul edildi.

“Alman Anayasası’nın öngördüğü hukuk devleti açıkça maddi anlamda bir hukuk devletidir. Anayasanın değiştirilemez temel hükümlerinden birisi olan 20. maddenin 3. fıkrası yasama organını anayasal düzen ile bağlarken, yürütme ve yargı organlarını hem hukuk hem de adalet ile bağlamaktadır. İnsan haklarına derinden bağlılığı sadece Anayasa içermez, aynı zamanda insan haklarına bağlılığın hukuk devleti kavramında mündemiç olduğu kabul edilir. Wilhelm ve Weimar dönemlerinde hâkim olan pozitivist hukuk devletinin yerine maddi hukuk devleti anlayışının benimsenmesi Alman hukuk geleneğinde bir dönüşüme işaret eder.”³⁴

C - Temel Hukuk İlkeleri

Günümüzde, hukukun yalnızca devletin yetkili organının çıkardığı kurallardan ibaret olmadığı, bunların yanı sıra yasakoyucu tarafından belirlenmeyen üstün ve evrensel hukuk ilkelerinin de hukukun temel bileşeni olduğu görüşü yaygınlık kazanmıştır. Uluslararası sözleşmeler ve

³³ Bkz: Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.87-93

³⁴ Gerald L. Neuman, “Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak *Rule of Law* ve Alman Anayasası’nın *Rechtsstaat* İlkesi”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.560
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

anayasalar bu tür ilkelere giderek daha fazla yer vermeye başlamıştır. Temel hukuk ilkelerinin kaynağı eskiden dini hukuk, doğal hukuk veya gelenek olarak gösterilirdi. Günümüzde ise bu ilkelerin hukuki akıl yürütmeyle ortaya çıkarıldığı görüşü yaygınlık kazanmıştır. Söz konusu temel ilkeler hem şekli hem de maddi hukuk devleti anlayışını destekler niteliktedir. Çünkü bu ilkeler bir yandan hukuk sistemine içsel bütünlük ve tutarlılık kazandırırken, diğer yandan hukukun ortak yarara yönelik, iyiden, doğrudan ve haklıdan yana bir özü olduğunu ifade eder. Bu yönüyle, hukukun temel ilkeleri, hukuk sistemine eklenecek her yeni kural için ölçü norm işlevi görür: Hukukun içsel bütünlüğüne, tutarlılığına ve amacına (ortak yarar) aykırı düşen kural hukuk siteminin bir parçası olamaz.³⁵

Hukukun yasakoyucunun iradesinden kaynaklanmayan bazı temel ilkeler içerdiği görüşü, ilk bakışta, egemenlik teorisiyle bağdaşmaz görünebilir: Devlet iktidarı egemen ise hukuku da tümüyle belirleme gücü olmalıdır diye düşünülebilir. Ancak böylesine mutlak ve sınırsız bir iktidarı egemenlik teorisinin kurucuları bile savunmamıştır. Çünkü mutlak ve sınırsız egemenlik anlayışını, demokratik olsun veya olmasın “hukuk düzeni” ile bağdaştırmak kolay değildir. İnsanlar üzerinde hukuki bir otorite sahibi olduğunu iddia eden herhangi bir yönetici, aynı zamanda, yönetimini meşrulaştıracak ve iktidarının kaynağına esas oluşturacak bazı hukuki dayanakları olduğunu kabul ediyor demektir. Yöneticinin bu hukuki dayanaklara aykırı davranmaması işin doğası gereğidir. İktidarının varlık nedenini oluşturan bu hukuki esaslar, otoriteye sahip olmanın önkoşuludur. Bu nedenle, hukuki bir otoritenin sınırsız ve mutlak nitelikte olması kendi içinde çelişen bir önermedir. Ancak keyfi bir otorite sınırsız ve mutlak olduğunu ileri sürebilir.³⁶

Hukuk devleti ilkesini tümüyle şekli kriterler üzerinden tanımlayan veya hukuku yalnızca yasakoyucunun iradesinin ürünü olarak gören yazarlar, görüşlerini temellendirmek için sıklıkla egemenlik teorisinin kurucu isimlerine atıf yaparlar. *Jean Bodin* ve *Thomas Hobbes* gibi egemenlik teorisinin önemli isimlerine yapılan referanslar gerçeği tam olarak yansıtmaktan uzaktır. Mutlak iktidar anlayışının savunucuları olan bu iki düşünürde egemenlik bazı sınırlara sahiptir. Hobbes’a göre, egemen iktidar yurttaşların güvenliğini sağlamak zorundadır. Bu görevi yerine getirmediğinde, yurttaşların itaat borcu sona erer. Bodin’e göre, tanrısal ve

³⁵ Tamanaha 2006, s.215-226

³⁶ Kenneth William Bruce Middleton, “Sovereignty in Theory and Practice”, *In Defense of Sovereignty* (Ed. W. J. Stankiewicz) Oxford University Press, New York, 1969, s.146

doğal yasalara karşı çıkmak egemen iktidarın yetkisi içinde değildir. Keyfi vergi toplanması, özel mülkiyetin kaldırılması doğal yasalara aykırıdır. Ayrıca, egemenin iktidarı elde ediş biçimi (tahta geçişte ardıllık ilkesi) ve kamusal toprakların başkalarına devredilememesi gibi kurallar da egemen iktidarı sınırlar. J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*'nde mutlak, bölünmez, devredilmez, temsil edilmez ve yanılmaz niteliklere sahip genel iradenin ortaya çıkabilmesi için pek çok ön koşul sıralar. Geçmişte kralların kutsallığını ilân eden, onları dokunulmaz varlıklar olarak nitelendiren düşünürler, Hobbes'tan daha ileri giderek, yurttaşların her koşulda istisnasız itaatlerini öngörmüş olsalar bile, kralların tanrısal yasalarla bağlı olduğunu söylemekten geri kalmamışlardır. Bütün bu görüşler dikkate alındığında, en mutlak haliyle anlaşıldığı dönemlerde bile egemenlik teorisinin devlet iktidarına bazı sınırlar çizdiği görülüyor.

Günümüzde, bazı anayasalarda devlet iktidarı hala “egemenlik” kavramıyla dile getirilmektedir. Ancak bundan mutlak ve sınırsız bir iktidar anlamı çıkartılmamalıdır. Kuşkusuz, devlet iktidarı diğer tüm iktidar odaklarından üstündür ama mutlak ve sınırsız bir güç değildir; tersine, içte yurttaşlarla ve dışta diğer devletlerle olan ilişkisinde bazı sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamaların bir kısmı hukukun temel ilkeleri olarak formüle edilmektedir.

İlk bakışta, hukukun üstünlüğü ilkesini *maddi* açıdan temellendiren bu gelişmelerden İngiltere'nin uzak kaldığı düşünülebilir. İngiltere'de söz konusu ilkenin fikri temellerinin atıldığı 17. yüzyılda ve uygulamaya geçirildiği 18. yüzyılda, temel, evrensel veya üstün hukuk ilkeleri üzerinden yapılan teorik tartışmalara rastlamak zordur. Zaten İngilizlerin bu tür soyut ilkeleri yazabilecekleri yazılı bir anayasası da olmamıştır. Ama bu düşünce yanlıştır: Hukukun üstünlüğü ilkesi, bu ülkede hem maddi hem de şekli anlamda yerleşmiştir. Çünkü yukarıda değindiğimiz gibi, *Common Law* kralların buyrukları veya parlamentonun çıkardığı kanunlardan değil, mahkeme içtihatlarından oluşur ve bu içtihatların temel hedefi yurttaşların özgürlüklerini güvence altına almaktır. Dicey'nin belirttiği gibi, İngiliz hukukunda temel kurallar, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak için mahkemelerde yaptıkları mücadelelerin bir sonucu olarak tedricen ortaya çıkmıştır.³⁷ Kıta Avrupa'sından farklı olarak evrensel ilkeler şeklinde formüle edilmese de, İngiliz hukuku yasama organı karşısında güçlü bir

³⁷ Albert V. Dicey, “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ed. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.32-33

özerklik kazanmış, keyfi yönetimi engellemiş ve kişilerin yararlanabileceği gerçek özgürlükleri güvence altına almıştır.³⁸

Batı kültür çevresinde hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin kabulünü kolaylaştıran önemli bir etken *liberal siyaset teorisidir*. Bodin ve Hobbes'un mutlak iktidar anlayışının hemen ardından Avrupa'da liberal devlet anlayışı baskın görüş haline gelmiştir. Liberalizmin en güçlü savunucularından John Locke'a göre, devletin başlıca yetkisi adaleti ve güvenliği sağlamaktır. Bunun ötesine geçip, ekonomiye karışamaz, özgürlükleri kısıtlayamaz, sosyal ilişkileri, kültürel, dinsel alanı düzenleyemez. Devlet, içeriği doğal haklarla belirlenen kişiye ait özel alana giremez. Bu özel alan içinde her birey özgürce hareket edebilir. Modern demokrasiler, liberalizmin siyasal iktidarı sınırlamak için ortaya koyduğu bu temel felsefeyi ve bu felsefeyi hayata geçirecek birçok ilke ve kurumu benimsemiştir. Hukuk devleti ilkesi bunlardan biridir. Anayasanın üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı, dokunulmaz haklar, yargının bağımsızlığı, idarenin yasallığı gibi ilke ve esaslar da aynı amaca hizmet eder; devlet iktidarının sınırlı olduğu ve bazı üstün hukuk ilkelerine bağlı olduğu anlayışını pekiştirir.

Hukuk Kuralları – Hukuk İlkeleri Ayrımı

Üstün ve evrensel bazı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu fikri, çağımızda Ronald Dworkin'in görüşleriyle yeniden hukuk teorisinde etkili hale gelmiştir. Dworkin, hukuk sisteminin kurallar ve ilkelere dayanarak oluştuğunu açıklamak için New York İstinaf Mahkemesi'nin 1889 tarihli *Riggs v. Palmer* kararını örnek gösterir. Bu davada, mirasına konabilmek için büyükbabasını öldüren gencin onun mirasçısı olup olamayacağı tartışılır: Yaşlı bir adam, geçerli bir vasiyetname düzenleyerek, malvarlığını torununa bırakır. Yaşlı adam, bir süre sonra bir kadınla tanışır ve evlenir. Kendisine miras bırakılan torun, büyükbabasının vasiyeti değiştirmesinden ve bütün malvarlığını karısına bırakmasından korkmaktadır. Bu olasılığı ortadan kaldırmak üzere, vasiyeti değiştirmeden dedesini öldürmeyi planlar ve planını gerçekleştirir. Acemice işlenen cinayet polis tarafından aydınlatılır ve torun uzun süreli hapis cezası alır. Hapishanede cezasını çekmekte olan

³⁸ Keyfi iktidarın aksine, hukuk devleti “hukukun mutlak hakimiyeti veya üstünlüğü anlamına gelmekte ve devlet organlarının yetkilerinde keyfiliği, ayrıcalığı ve hatta geniş takdir yetkisini bile dışlamaktadır. İngilizler yalnızca ve yalnızca hukuka göre yönetilir.” Dicey 2008, s.36

genç, avukatı aracılığıyla vasiyetin yerine getirilmesini ve mirasın kendisine verilmesini talep eder.³⁹

O tarihte New York'ta yürürlükte olan medeni kanuna göre, vasiyet hala geçerlidir; torunun mirasçı olmasını engelleyen herhangi bir yasal düzenleme yoktur. İlk derece mahkemesi mirasın toruna verilmesi talebini kabul eder. İtiraz üzerine davaya bakan istinaf mahkemesi yargıçları karar aşamasında iki gruba bölünür: İki üye torunun mirası alması gerektiğini, beş üye ise mirasçı olamayacağını düşünmektedir. Yargıçların görüşlerindeki farklılığın nedeni vasiyetnameye ilişkin hükümlerin belirsiz veya muğlak olması değildi. En azından ilk bakışta, hükümlerin son derece açık olduğu görülebiliyordu; torunun mirasçılığını engelleyen hiçbir hüküm yoktu. Görüş farklılığının nedeni, bazı yargıçların sonuçları ne olursa olsun yürürlükteki hukuk kurallarına uymak istemeleri fakat diğer bazılarının ilgili hükümleri adalet adına düzeltmek istemeleri de değildi. Tartışma, kararın gerekçesinde belirtildiği üzere, hukukun ne olduğu; vasiyetnameye ilişkin hükümlerin gerçekte ne söylediği hakkındaydı.⁴⁰

Palmer davasında çoğunluk görüşüne göre, yasakoyucu ilgili hükmü koyarken katillerin mirasçı olup olmadığı konusunu düşünmemiştir. Yasakoyucunun, çıkardığı yasanın olası bütün sonuçlarını düşünmesi de beklenemez. Ama bu durum, yasanın başlangıçta akla gelmeyen olasılıkları kapsam dışı bıraktığı anlamına gelmez. Yasa, meclis üyeleri üzerinde düşünüp taşınmış olsalardı reddedecekleri bir anlama sahip olamaz. Bir başka deyişle, meclis üyeleri, mirasa sahip olmak için miras bırakını öldüren kişinin mirasçı olma ihtimalini düşünebilseydi, bunu yasaklayan bir hüküm koyardı. Bu nedenle, yasa metninde aksi açıkça belirtilmedikçe, yasakoyucunun niyetinin adalet anlayışımızı biçimlendiren hukukun genel ilkelerine uygun olduğunu varsaymak gerekir. *Kimsenin yaptığı kötülükten yarar sağlamaması* bir genel hukuk ilkesidir. Farklı alanlara ilişkin pek çok hukuk kuralı bu ilke gözetilerek oluşturulmuştur. Hukuk sistemine eklenen her yeni kuralın, aksi açıkça belirtilmedikçe, hukukun geri kalanı ile uyumlu ve tutarlı olması beklenir. Nitekim, vasiyete veya genel olarak medeni haklara ilişkin bütün düzenlemelerde kimsenin yaptığı kötülükten veya kendi kusurundan yarar sağlayamayacağı ilkesine riayet edilmiştir. O nedenle, New York mevzuatında vasiyetnamelerin geçerliliğine ilişkin

³⁹ Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı* (Çev. E. Uzun) Nora Kitap, İstanbul, 2018, s.37-42; Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s.41-48; Michel Troper, *Hukuk Felsefesi* (Çev. I. Ergüden) Dost Kitabevi, Ankara, 2011, s.76-79

⁴⁰ Dworkin 2018, s.38

hükümleri de miras bırakanı öldüren kişinin bu kötülüğünden yararlanamayacağı şeklinde yorumlamak gerekir. Bu gerekçelerle torunun mirasçılık talebi reddedilir.⁴¹

Dworkin'e göre, bu davada torunun mirasçılık talebinin reddedilmesine yol açan genel hukuk ilkesi, yargıcın takdir yetkisi (*judicial discretion*) kullanarak yoktan var ettiği bir ilke değildir. "Terekeye ilişkin olağan kuralı bertaraf eden bu uygulama yargısal takdir yetkisi kullanımı değil, kuralın yönlendirici ilke ışığında yorumlanmasıdır. Buradaki ilke hukukidir, çünkü mahkemenin sırf takdire bağlı icadı olarak yoktan var edilmemiştir; o önceki davalarda farklı hukuk kurallarıyla ve farklı koşullarla ilgili olarak geliştirilmiş, uygulanmış ve yorumlanmış olan yani kendi hukuki tarihine sahip olan bir ilkedir."⁴²

Dworkin'in hukukun bir parçası olarak gördüğü *hukuk ilkeleri* ile *hukuk kuralları* arasındaki farklar şöyle özetlenebilir:⁴³ 1) Kurallar yasakoyucunun iradesinin ürünü iken, ilkeleri yasakoyucu koymamıştır; onlar akıl yürütmeye keşfedilirler. 2) Kurallar *ya hep ya hiç* tarzında uygulanır ve bir hukuki sonuç doğurur. İlkeler her zaman bir hukuki sonuç doğurmayabilir; sadece, davanın şu ya da bu şekilde çözümüne katkı sağlar. 3) Yürürlükteki hukuk kurallarını yorumlamak, çoğu kez, hukuk ilkelerine başvurmayı gerektirir. Hukuk ilkeleri de, çoğu durumda, ahlaki bir muhakeme ile bulunur. Böylece, hukuk ile ahlak arasında güçlü bir bağ oluşur.⁴⁴

Dworkin'in, hukukun hem kurallardan hem de ilkelerden oluştuğu görüşü doğal hukuk teorisi ile pozitivist teori arasındaki uçurumu büyük ölçüde kapatır. Düşünürün ahlaki nitelikteki akıl yürütmeye keşfedileceğini söylediği hukuk ilkeleri, yüzyıllardır dile getirilen doğal hukuk ilkeleriyle örtüşür. Gerçi, Dworkin bu ilkelerin hukukun temeli olduğunu ve bunlara aykırılığın ilgili kuralı geçersiz hale getireceğini söylemez. Ancak, bu ilkeler hukukun yorumlanmasında tartışmasız bir öneme sahiptir. Yirminci yüzyılın bir özelliği de, bu tür hukuk ilkelerinin yoğun biçimde uluslararası sözleşmelere, anayasalara ve yasalara girmiş olmasıdır.⁴⁵

⁴¹ Dworkin 2018, s.41-42

⁴² Cotterrell 2019, s.255

⁴³ Marmor 2011, 84-88

⁴⁴ Jules L. Coleman – Brian Leiter, "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing, 2010, s.229

⁴⁵ Dworkin'in "kural-ilke" ayrımı üzerinden Hart'a yönelttiği eleştirilere karşı, Hart'ı savunan Joseph Raz, David Lyons ve Philip Soper'in görüşleri için bkz: Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1998, s.274-277

D – Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Eleştirisi

Çağımızda hukukun üstünlüğü ilkesi üzerinde adeta küresel bir konsensüs oluşmuş olsa da, bu ilkeye yönelik ciddi eleştirilerin bulunduğu gerçektir. En radikal eleştiri Marksistler tarafından yapılmış ve bu ilke *hukuk fetişizmi* olarak nitelendirilmiştir. Aşağıda öncelikle Marksist eleştiri ele alınacak, ardından Max Weber’in hukukun üstünlüğü ilkesinin kökenine ilişkin açıklamaları ile Leon Duguit’in hukuku yasakoyucunun iradesinden bağımsızlaştıran “nesnel hukuk” anlayışı üzerinde durulacaktır.

1 – Marksist Eleştiri

Marksist siyasal ideoloji bakımından hukukun üstün olması bizatihi anlamlı veya değerli bir durum değildir. Bu ilke, ilk bakışta, siyasal iktidarın önceden konulmuş kurallarla sınırlanmasına hizmet ettiğinden önemli görülebilir. Ancak durum bu kadar basit değildir: Hukuk kuralları eşitlikçi ve özgürlükçü bir içeriğe sahip olduğunda, bu ilkenin çok yararlı sonuçlar doğuracağı kuşkusuzdur. Oysa sınıflı toplumlarda yasalar herkesin eşitliği ve özgürlüğünü değil, egemen sınıfların çıkarlarını güvence altına alır. Böyle olunca, hukukun üstünlüğü ilkesi, esasında, sömürüyü güvence altına alan hukuk sisteminin meşrulaştırılmasına hizmet eder. Marksist teori ise, mevcut hukuk sistemini ve iktidar ilişkilerini meşrulaştırmayı değil, ona meydan okumayı amaçlar.⁴⁶

Marksistler hukukun egemen sınıfın çıkarlarını koruyan karakterini *altyapı-üstyapı* kavramlarıyla ortaya koyarlar. Bir toplumdaki ekonomik ilişkiler altyapıyı oluşturur. Toplumun diğer bütün veçheleri (siyasi, kültürel, dini, sanatsal, hukuki vb. yapılar) üstyapıdır. Bütün üstyapı kurumları altyapıya göre şekillenir. Hukuk bir üstyapı kurumudur ve altyapı tarafından belirlenir. Kapitalist bir toplumun hukuku, kapitalist üretim ilişkilerini ve egemen sınıfın ezilenler üzerindeki tahakkümünü pekiştirmekten öte bir işleve sahip değildir. Oysa mevcut hukuk teorileri, büyük ölçüde, hukuku toplumsal düzenin, hatta uygarlığın temel bir bileşeni olarak kabul etmekte, onu dayandığı maddi ilişkilerden soyutlayarak özerk kılmayı amaçlamaktadır. Böyle bir çaba, kapitalist bir sistemde gerekli olsa da, esasında bir hukuk fetişizmidir.⁴⁷

Marksist bakış açısından, hukuku belirleyen ekonomik ilişkilerdir; hukuk, altyapıyı oluşturan ekonomik ilişkilerin bir yansımasıdır. Hukuk ve siyaset birbirinden ayrılamaz; hukuk siyasetin bir şeklidir ve devletten

⁴⁶ Bkz: Hugh Collins, *Marksizm ve Hukuk* (Çev. U. D. Tuna) Dipnot Yayınları, Ankara, 2016, s.24-25, 123-127, 142-151; Uygun 2021a, s.177

⁴⁷ Collins 2016, s.21-23

bağımsız bir kurum değildir. Hukuk, iddia edildiği gibi, “evrensel”, “objektif”, “tarafsız” veya “adil” bir yapı değildir: Tam tersine, hukuk ideolojiktir; içeriği ve biçimiyle, doğrudan veya dolaylı olarak egemen sınıfın çıkarlarını dile getirir, onları meşrulaştırır ve devletin zor kullanma tekeliyle gerçekleştirir. Üstelik, bunu devletten bağımsız, nesnel ve evrensel bir olgu görünümüne bürünerek yapar; her zaman sağduyunun sesini, doğal olanı, normal kabul edileni, haklı görüneni dile getirdiğini ileri sürer.⁴⁸

Marksistlere göre, hukukun üstünlüğü ilkesi gibi hukuk sisteminin kendisi de altyapıdaki ekonomik ilişkilerin bir gereği olarak ortaya çıkmış olup, altyapı değiştiğinde değişecek veya ortadan kalkacaktır. Hukuk olmadığında herkesin birbirinin boğazına sarılacağı, başkasının malını ve canını almak için fiziksel güç kullanacağı görüşü inandırıcı değildir. Zaten, toplumsal ilişkilerin hukuksal nitelik kazanması, uzun insanlık tarihinin oldukça yeni dönemlerinde gerçekleşmiştir. İleride, sosyal sınıfların ve devletin ortadan kalkmasıyla bu nitelik kaybolacak ama toplumsal düzen varlığını devam ettirecektir.⁴⁹

2 – Weber’e Göre Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Kaynağı ve İşlevi

Alman sosyolog, iktisatçı ve hukukçu Max Weber (1864-1920), değişik hukuk teorilerinin hukukun kaynağı ve işlevi konusundaki görüşlerini gerçeklerle bağdaşmayan, eksik veya yanıltıcı açıklamalar olarak görür. Ona göre, hukuk kuralları tek bir kaynaktan türememekte, tersine en az beş farklı kaynaktan doğmaktadır.⁵⁰ Weber, farklı teorilerin hukukun önemine yaptığı vurguyu ise kabul eder: Modern toplumda hukukun ve hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli olduğuna kuşku yoktur. Ancak bu önem doğal hukukçuların veya pozitivistlerin ileri sürdüğü gerekçelerden farklı bir nedene dayanır: “Weber’e göre, hem kapitalizmin ekonomik temelleri...hem de kapitalist toplumda hayatın rasyonelleşmesine dair daha genel sürecin teşviki ve ifadesi için, hukuk merkezi bir öneme sahiptir. Hukuk modern Batı toplumlarında ne samimiyetle kabul gören değerleri ifade ettiği için, ne devletin öncelikli yaptırım uygulama yetkisi için, ne gelenek ne de politik liderlerin karizmaları sayesinde kabul edilmiştir. Tamamen, bireyler için amaç-rasyonel sosyal eylemde bulunmayı yani

⁴⁸ Maureen Cain, Alan Hunt, *Marx and Engels on Law*, Academic Press, 1979, s.62-67; Alan Hunt, “Marxist Theory of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing, 2010, s.350-351; Mathieu Deflem, *Sociology of Law*, Cambridge University Press, 2008, s.27; Ian Ward, *An Introduction to Legal Theory*, Cavendish Publishing, 1998, s.120Uygun 2021a, s.178-179

⁴⁹ Collins 2016, s.25-26, 142, 146-147

⁵⁰ Uygun 2021a, s.120-122

kendi menfaatlerine diye algıladıkları her ne ise, onu rasyonel bir tarzda yerine getirmelerini mümkün kılan, sağduyuya dayalı ve kapsayıcı bir öngörülebilir kurallar çerçevesi temin ettiği için benimsenir.”⁵¹

Weber, hukukun toplumsal yaşamın pek çok alanına nüfuz etmesini ve hukuk kurallarına bağlılığın yüceltilmesini kapitalizmin etkisine bağlar. Sermaye birikimi ve sermayenin yatırımlara yönlendirilmesi süreci, hukuk güvenliğinin sağlandığı bir düzeni gerekli kılar. Hukuk güvenliği de ancak biçim ve içerik bakımından rasyonelleşmiş bir hukukla sağlanabilir.⁵² Weber’den önce ve Weber’in çağdaşı çoğu sosyolog, hukuku toplumda yerleşik inanç ve değerlerin bir yansıması veya ifadesi olarak görme eğilimindeydi. Bu nedenle, sosyolojik analizde, ahlaktan veya toplumsal değerlerden kesin çizgilerle farklılaşmış bir hukuk kavramına ihtiyaç duyulmazdı. Weber’de ise hukuk toplumsal değerlerden tümüyle farklılaşan ve bağımsızlaşan bir kavram ve yapı olarak ortaya çıkar. Hukuk kuralları, kapitalist sistemin temel ihtiyacı olan rasyonel planlama ve hesaplama biçimlerini kolaylaştırmak, teşvik etmek ve güvence altına almak için formüle edilmişlerdir. Bu bağlamda, hukuk kendi kendini meşrulaştırır. “Meşruiyeti için ahlaki veya politik değerlere müracaat etmeye ihtiyaç duymaz. Hukukun kendi sistematik mantıksal yapısı, kendi meşruiyetini temin eder. Hukuk sadece rasyonel bir kurallar sistemi olmakla kabul görür. Daha evvelki dönemlerde ona temel oluşturmuş bulunan dini, geleneksel veya etik tabii hukuk ilkeleri kaybolur ve hukukun çetrefilliği giderek artan teknik kurallardan ibaret olan gerçek yüzü açığa çıkar...Teknik mecburiyetler ahlaki yargıların yerini alır.”⁵³

3 – Leon Duguit ve Nesnel Hukuk

Fransız düşünür Leon Duguit (1859-1928) doğal hukuk teorisi taraftarlarının savunduğu şekliyle hukukun üstünlüğü ilkesi eleştirmektedir. Doğal hukukçular “üstün”, “temel” veya “evrensel” olarak nitelendirdikleri hukuk ilkelerini mistik ve metafizik bir kaynağa dayandırmaktadır. Bu yaklaşımın, söz konusu ilkeleri devletten bağımsızlaştırdığı için hukukun üstünlüğü ilkesine katkı sağladığı kuşkusuzdur. Ancak Duguit pozitivisttir. Hukuku yalnızca gözlemlenebilir olan olgulardan hareketle açıklamaya çalışmaktadır. Hukukun kaynağını doğal hukuk ilkeleri gibi deney ve gözlem alanımız dışında bir kaynağa dayandırmakla, aslında hukuku bilimsel alanın dışına çıkartmış oluruz. Bu durumda, hukuk pozitivist

⁵¹ Cotterrell 2020, s.209-210

⁵² Max Weber, *Economy and Society* (Tarns. E. Fiscoff, H. Gerth, A. Henderson et al.) (Ed. G. Roth, C. Wittich) University of California Press 1978, s.215

⁵³ Cotterrell 2020, s.215

yöntemlerle incelenemez hale gelir. Duguit, doğal hukuk teorisine göre şekillenen hukukun üstünlüğü ilkesi yerine, tümüyle pozitivist yönetime sadık kalarak ortaya koyduğu yeni bir hukuk devleti anlayışı önermektedir. Düşünürün bu konudaki yaklaşımını kavrayabilmemiz için hukukun kaynağı konusundaki görüşlerini kısaca gözden geçirmemiz yararlı olacaktır.

Duguit'ye göre hukuku yaratan, insanların ancak toplum içinde yaşayabilmesi ve toplumun da ancak *dayanışma* üzerine kurulabilmesidir. Bireylerin toplum içinde birbirine bağımlılığı, herkesin uyması beklenen bazı davranış kurallarını ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu davranış kurallarını hukuk kurallarına dönüştüren, bu kurallarının ihlali durumunda bireylerin çoğunluğunun gösterdiği tepkidir. İlgili davranış kuralı, tepki şiddetli olmadığında ahlaki bir kural düzeyinde kalmakta, tepki fiziksel bir yaptırımla desteklendiğinde ise hukuk kuralına dönüşmektedir.⁵⁴ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sosyal bir kuralın hukuk kuralına dönüşmesinde yasakoyucunun iradesine “kurucu” bir rol tanınmamasıdır. Bu yaklaşımıyla, Duguit hukuku devletten bağımsız kılar. Hukukun devletten bağımsızlığı veya özerkliği hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesi bakımından kritik önemdedir. Hukuku tümüyle devletin belirlediği bir sistemde bu ilkeyi hayata geçirmek çok zordur.

Duguit, dayanışmadan kaynaklanan *ilkeler buyuran normatif hukuk kurallarıyla*, bu kuralları gerçekleştirmek amacıyla devletin çıkardığı ikincil nitelikteki hukuk kurallarını birbirinden ayırır. Birinciler, doğrudan sosyal dayanışmanın ürünü olarak ortaya çıkar. İkinciler, devlet tarafından çıkartılır. Ancak devletin çıkardığı kurallar, sanıldığı gibi aksine, zorlayıcı niteliklerini devletten değil, ilkeler buyuran kurallardan alır. Devletin yaptığı, sadece, zaten hukukilik kazanmış kuralları ayrıntılı olarak düzenleyerek gerçekleştirmektir. Devletin yaptığı düzenlemenin meşruluğu, sosyal dayanışmadan çıkan bu hukuk ilkelerine uygunlukla belirlenir.⁵⁵

Görüldüğü gibi, Duguit, devletin hukuk yaratma işlevi olduğu fikrini kabul etmez. Ona göre, hukukun asıl kaynağı toplumdur: Sosyal dayanışmanın yarattığı hukuk *nesnel hukuktur*. Devlete düşen, bunu gerçekleştirmek yani uygulamaya koymaktır. Devlet, sadece, var olan hukuku saptar ve teknik anlamda gerçekleştirir. Duguit'nin deyişiyle, “bir kurala hukuk kuralı niteliğini veren devlet desteği değildir; eğer kural bu niteliğe kendiliğinden sahip değilse, devlet gücü bunu ortaya çıkarmakta

⁵⁴ Lucien Sfez, “Duguit ve Devlet Kuramı: Temsil ve İletişim”, (Çev. A. Ciniç), *Devlet Kuramı* (Der: C. B. Akal), Dost, Ankara, 2000, s.405; Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1976, s.125

⁵⁵ Sfez 2000, s.405-407

yetersizdir... Bir grubu oluşturan bireylerin herhangi bir kuralın çiğnenmesine toplumsal olarak düzenlenmiş bir tepki gösterilmesini makul gördükleri ve anlayış gösterdikleri her zaman, bir hukuk kuralı vardır.”⁵⁶

Duguit, sosyal dayanışmanın belirlediği nesnel hukuku devletten önce ve onun üzerinde kabul eder. Kendisinden önce ortaya çıkan bu hukukla kayıtsız şartsız bağlı olan devlet, onu iki yolla gerçekleştirir. ⁵⁷ Birincisi, devletin sosyal dayanışmayı pekiştiren kuralları koyması, ikincisi, sosyal dayanışmayı zayıflatan kurallar koymaktan kaçınmasıdır. Devletin bu pozitif ve negatif sorumluluğunu yerine getirmediği her iki durumda da, bireylerin direnme hakkı vardır.⁵⁸ Bu yaklaşımıyla Duguit, bir tür *hukukun üstünlüğü* veya *hukuk devleti* ilkesine ulaşır. Kuşkusuz, buradaki hukukun üstünlüğü ilkesi doğal hukuk teorisindeki ilkeden farklıdır. Her iki teori de devleti hukuka bağlı kılmakla birlikte, doğal hukuk teorisinde temel hukuk ilkeleri metafizik etik değerlerden türemekte, Duguit de ise gözlemlenebilir bir sosyal olgudan yani sosyal dayanışmadan çıkmaktadır.

E - Türkiye’de Hukukun Üstünlüğü / Hukuk Devleti İlkesinin Gelişimi

Türk anayasacılık geleneğinde en zayıf kalan noktalardan biri, Batı’da liberal düşünce ile ortaya çıkan devlet iktidarının doğal haklarla veya hukukla sınırlı olduğu düşüncesinin yeterince kökleşmemiş olmasıdır. Farklı ideolojik kesimlerden gelen siyasal elitlerimizin önemli bir kısmı devlet yetkilerinin sınırlanabileceği düşüncesine aşına değildir. Geçmişte hükümdarın iradesi, Cumhuriyet sonrasında ise *milli irade* sınırsız ve mutlak bir güç olarak görülmüştür. Bu zihniyetin yerleşmesinde ülkemizde önce beylik, ardından hükümdarlık ve nihayet bir imparatorluk olarak 600 yılı aşan güçlü Osmanlı iktidarının etkisi büyüktür. “Devlet karşısında boynumuz kıldan ince” deyişiyle özetleyebileceğimiz bu bakış açısı uzun ömürlü olan diğer mutlak monarşilerde de siyasal kültürün önemli bir özelliği haline gelmiştir.

Teorik olarak Osmanlı İmparatorluğu’nda *dinsel hukuk (şeriat)* devlet iktidarından bağımsızdı ve onu sınırlayan bir işlevi vardı. Fakat sağlam, güçlü ve istikrarlı bir hanedanlığın kurulması şeriatın dışında geniş bir *örfi hukuk* alanı yarattı. Her hükümdarın kendi iradesiyle şekillenen örfi hukuk

⁵⁶ W. Friedmann, *Legal Theory*, Stevens and Sons Ltd, London, 1953, s.175’ten aktaran Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.351

⁵⁷ Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, Butler and Manner Ltd., London, 1947, s.99

⁵⁸ Özbilgen 1976, s.126

kamu hukukunu şekillendirirken, şeriat, daha çok özel hukukla sınırlı bir uygulama alanı bulabildi. Geniş kapsamlı bir örfi hukukun varlığı Osmanlılardan önceki Türk-İslam devletlerinde de yaygındı.⁵⁹ Örfi hukuk tümüyle hükümdarın iradesine bağlı olduğundan devlet iktidarını sınırlandıran değil pekiştiren bir işlev gördü. Devlet iktidarına sınır çizebilecek olan hukuk “dini hukuk” yani şeriattı. Ama şeriatin özel hukuk alanıyla kısıtlanması ve hükümdarın şeriata aykırı davranışlarını engelleyecek herhangi bir mekanizmanın bulunmaması Osmanlı’da hukuk devleti fikrinin gelişmesi için elverişli bir ortam yaratmadı.

Ülkemizde, devletin temel niteliklerinden biri olarak *hukuk devleti* kavramının kullanılması ilk kez 1961 Anayasası ile söz konusu olmuştur. Bu anayasanın 2. maddesine göre, “*Türkiye Cumhuriyeti...bir hukuk devletidir.*” Bu tarihten önce yüksek mahkemeler hukuk devleti kavramını zaman zaman kullanmışlarsa da, günümüzdeki anlamına yakın bir içeriğe kavuşturamamışlardır.⁶⁰ Yine de, hukuk devleti anlayışının oluşumuna katkıda bulunan gelişmeleri biraz daha eski bir tarihe, Tanzimat Dönemi’ne (1839–1876) kadar uzatmak mümkündür. Siyasal, sosyal ve ekonomik yapıyı Batı örneğine göre düzenlemeyi amaçlayan Tanzimat Dönemi reformlarının hedeflerinden biri, Osmanlı İmparatorluğu’nu insan haklarına saygılı, yurttaşların eşitliğini güvence altına alan ve kanunlara uygun hareket eden bir siyasal yapıya dönüştürmekti.

Tanzimat Dönemi

Tanzimat’tan önce devlet otoritesi bizzat padişah veya onun görevlendirdiği memurlar tarafından kişisel, takdire bağlı ve etkili bir denetimi olmadan kullanılırdı.⁶¹ Tanzimat Dönemi’nde hazırlanan fermanlarla, önce bu sorun çözülmeye çalışılmış; kamu gücünü kullananların uymakla zorunlu olduğu temel kurallar ortaya konmuştu. Bu kuralların hukuk devleti anlayışına öncülük etmesi bakımından belirtilmesi gereken en önemli özelliği, devlet işlerinin görülmesini tek kişinin iradesinden heyetlerin ve kurulların iradesine tabi kılmak; kişisel ve keyfi kararların yerine genel, soyut ve sürekli kuralları geçirmekti.⁶² 1839 *Gülhane Hattı Hümayunu* ile Padişah, uyruklarına can ve mal güvenliğinin korunacağı ve kamusal yükümlülüklerin objektif yasalarla belirleneceği

⁵⁹ Halil İnalçık, *Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s.57-83

⁶⁰ Örnekler için bkz: Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I*, Ankara, 1970, s.105, dn.14

⁶¹ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, 2006, s.29-30

⁶² İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara, 2007, s.18; Recai Galip Okandan, *Amme Hukukumuzun Anahatları*, İstanbul, 1977, s.112-113

vaadinde bulunmuştur. 1856 *Islahat Fermanı* ile idari işlemlerin yargısal denetimi kabul edilmiş ve 1868'de *Şura-yı Devlet (Danıştay)* kurulmuştur. 1875 *Adalet Fermanı* ile mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esasları benimsenmiştir. Tanzimat reformları uygulamada beklenen başarıyı sağlayamasa da, kişisel yönetim anlayışından *kanun devleti* anlayışına geçişin altyapısını hazırlamış, ileride meşrutiyet ve anayasalı devlet fikrini savunacak bir kuşağın yetişmesine katkı sağlamıştır.⁶³

Meşrutiyet Dönemi

Tanzimat reformlarının beklenen sonucu vermemesi üzerine, 1876 tarihinde çok daha radikal bir adım atıldı. İmparatorluğu mutlak monarşiden meşrutî monarşiye dönüştürecek bir anayasa (*Kanun-ı Esasi*) yürürlüğe girdi, Osmanlı halkını temsil eden bir Meclis (*Meclisi Mebusan*) kuruldu. Ancak ne anayasa kurallarının uygulanmasını sağlayacak etkili mekanizmalar getirilmiş, ne de parlamentoya gerçek anlamda yasama ve hükümeti denetleme yetkisi tanınmıştı. İki yıl sonra Anayasa askıya alındı ve Meclis süresiz tatil edildi. Yaklaşık 30 yıl süren anayasasız ve meclissiz dönem, baskıcı uygulamalarıyla, ileride devlete hakim olacak gizli bir muhalefet hareketi doğurdu. Önce *Jön Türkler*, ardından *İttihat ve Terakki Cemiyeti* adını alan bu hareket meşrutiyetin bütün kurum ve kurallarıyla uygulanmasını savundu. Muhalefet hareketi 1908'de parlamentonun yeniden açılması ve Anayasa'nın yürürlüğe konulmasını sağladı. Anayasa'da gerekli değişiklikler yapılarak, parlamento gerçek anlamda yasama yetkisine kavuşturuldu. Hükümet, parlamentoya karşı sorumlu kılındı. 10 yıl süren İkinci Meşrutiyet Dönemi'nde, hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından önem taşıyan bazı adımlar atılabildi. Bu dönemde kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsendi, kişi hakları genişletildi ve güvenceleri arttırıldı, modern bürokrasinin temelleri atıldı. Anayasal ve yasal düzeyde görülen bu gelişmelerin uygulamaya yansımaları ise sınırlı olmuştur: *İttihat ve Terakki* iktidarı, kanunilik ve hukukun üstünlüğüne saygı açısından, yıktığı Abdülhamit despotizmine oranla daha olumlu bir tavır sergilememiştir.⁶⁴

Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet Dönemi, hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından iki farklı döneme ayrılabilir. Birinci dönem, 1920'de Ankara'da TBMM'nin açılmasıyla başlayan ve tek partili rejimin sona ermesine (1945) kadar uzanan, devrimlerin gerçekleştirildiği zaman dilimidir. Bu dönemde

⁶³ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul, 2007, s.75-120

⁶⁴ Tanör 2007, s.121-220

yürürlükte olan 1921 ve 1924 Anayasaları, esas olarak hukuk devletinin kurulmasını değil, bağımsız, ulusal ve laik bir devletin kurulmasını hedeflemiştir. O nedenle, Türk Devrimi'nin gerçekleştirildiği bu dönem, hukuk devleti ilkesi açısından Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinin *kanun devleti* ve *anayasalı devlet* modellerini aşan yeni bir anlayış getirmemiştir. Bununla birlikte, 1961 Anayasası ile başlayan ve günümüze dek uzanan dönemde, en azından anayasa metni düzeyinde, hukuk devleti anlayışını güçlü biçimde vurgulayan ilke ve kurumlara yer verilmiştir.

Cumhuriyetin kuruluş sürecinin hukuk devletinin gelişimi bakımından üzerinde durulması gereken yönlerinden biri, bu dönemde ortaya çıkan *üstün kamu hukuku ilkeleridir*. Osmanlı İmparatorluğu'nda hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından görülen gelişmeler, mutlak yetkili Padişah'ın iktidarının sınırlandırılması hedefine yönelikti. Bu amaçla, önce devlet yönetiminde süreklilik arz eden bazı uzman kurullar oluşturulmuş, ardından yasama yetkisini haiz bir parlamento kurulmuştur. Buna karşılık, Cumhuriyet Dönemi'nde hedef Padişah'ın iktidarının sınırlanması veya paylaşılması değil, iktidarın tümüyle halka verilmesiydi. Yeni devletin ilk anayasası olan 1921 Anayasası, "*egemenlik kayıtsız şartsız milletindir*" ilkesini getirmiştir. 1924 Anayasası, hukuk devleti anlayışının yerleşmesi bakımından önem taşıyan başka bir ilkeye de yer vermişti: *Doğal haklar* ilkesi. Anayasa, yurttaşların haklarının devlet tarafından verilmediğini, her yurttaşın bu haklara doğuştan sahip olduğunu belirtiyordu. Doğal haklar ilkesi, Batı'da devlet iktidarının sınırlanması ve yurttaşların haklarının güvenceye bağlanması bakımından çok önemli bir işlev görmüştü.

Bu iki ilkenin hayata geçirilmesinde ciddi sorunlar yaşanmıştır. Egemenlik, uzun süre, milletin bu iktidarı kullanacak olgunluğa ulaşmadığı gerekçesiyle, devlet örgütüne hakim olan dar bir kadro tarafından kullanılmıştır. Bunun yanı sıra, parlamentoda ortaya çıkan millet iradesinin hiçbir şekilde sınırlanamayacağı anlayışı yerleşmiştir. Nitekim 1. TBMM döneminde, Meclis yasama, yürütme ve yargı yetkilerini bünyesinde barındıran olağanüstü yetkili bir iktidar merkezi konumundaydı. Kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı şekilde, hükümet Meclis'in çıkardığı yasaları uygulamakla görevli bir heyet, yargıçlar da çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli memurlardı. TBMM, kendi üyeleri arasından seçtiği üç kişi ile temyizi kabil olmayan kararlar verebilen mahkemeler (İstiklal Mahkemeleri) kurduğu gibi, hakimleri azletme, mahkemeleri değiştirme,

yargısal kararları kaldırma veya değiştirme yetkisini de kullanmaktaydı.⁶⁵ Tarık Zafer Tunaya'nın deyişiyle, yasama meclisi kendini yürütme ve yargının üstünde görmüş, onlara hakim olmuş, onları bir tür idari organlara dönüştürmüştü.⁶⁶ Hukuk devleti, hatta kanun devleti anlayişıyla bağdaşmayan bu uygulamalar, *Türk Devrimi* dediğimiz büyük dönüşümün gerçekteştirilmesi sırasında benimsenen olağanüstü nitelikteki uygulamalardır. O dönemin koşulları içinde doğal, giderek kaçınılmaz görülebirlirler. Ancak Meclis'teki çoğunluk iradesinin her şeyin üstünde, sınırsız bir iktidar olduğu düşüncesinin çok partili düzene geçtikten sonra da canlılığını koruması ciddi bir sorundur.

1945'te başlayan çok partili dönem, 1950 yılında iktidarın el değiştirmesine sahne olur. Hükümeti kuran Demokrat Parti, ilk yıllarında hukuk devleti ilkesini benimsediğini ve hayata geçirmek için çalışacağını vurgulamasına rağmen, sonraki yıllarda, tek parti rejiminin olumsuz yönlerini aratmayacak uygulamalara girişir. Demokrat Parti iktidarına son veren 27 Mayıs askeri darbesi sonrasında hazırlanan 1961 Anayasası, hukuk devleti ilkesine büyük önem verir. Bu ilkeyi anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri arasında sayar. 1982 Anayasası ise, Cumhuriyetin hukuk devleti olduğu yönündeki hükmü korumakla birlikte, devletin bazı faaliyetlerini hukuki denetim dışına çıkartarak bu ilkeyi zayıflatır. 1982 Anayasası'nın ilk biçimindeki bu düzenlemeler, 1987'den itibaren gerçekteştirilen pek çok anayasa değişikliğiyle büyük ölçüde kaldırılmıştır. Her iki anayasada hukuk devleti ilkesini doğrudan ilgilendiren ve güvence altına alan başlıca düzenlemeler şu şekilde örneklendirilebilir:

1) Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerinden biri, hukuk devleti olmasıdır (1961-1982 AY md.2). Bu madde değiştirilemez.

2) Hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak engelleri kaldırmak devletin görevleri arasında sayılmıştır (1961 AY. md.10; 1982 AY. md.5).

3) Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi güçlü biçimde vurgulanmış, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiştir (1961 AY. md.8; 1982 AY. md.11).

4) İdari yargı ve anayasa yargısı aracılığıyla idarenin kanunlara, parlamentonun anayasaya aykırı işlem ve eylemlerinin iptali olanağı

⁶⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler: 1876-1938*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.97-99

⁶⁶ Tunaya 2003, s.95

sağlanmıştır (1961 AY md.114, 140, 147-151; 1982 AY md.125, 148, 150-152).

5) Yargı bağımsızlığı güçlendirilmiştir (1961 AY. md.132; 1982 AY. md.138).

6) Milletvekilleri ve cumhurbaşkanı göreve başlarken hukukun üstünlüğüne bağlı kalacaklarına yemin eder (1982 AY. md.81, 103).

F - Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı

1961 ve 1982 Anayasalarının hukuk devleti ilkesini cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayan düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi'nin en sık başvurduğu hükümlerden biridir.⁶⁷ Mahkeme, kuruluşunun hemen ertesini yıl verdiği bir kararında (1963), hukuk devleti ilkesini oldukça geniş bir tanıma kavuşturmuş ve bu tanımları sonraki kararlarında biraz daha geliştirerek yinelemiştir. Kararda hukuk devleti ilkesinin hem şekli hem de maddi kriterler ile tanımlanarak zengin bir içerikle ortaya konmuş olması dikkat çekicidir. CHP'nin haksız iktisaplarının iadesini düzenleyen 1953 tarihli kanunun anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü söz konusu davada, Mahkeme hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır:

“Hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. Zira, kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur. Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar, toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir.”⁶⁸

⁶⁷ “Hukuk devleti Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerine ulaşırken kullandığı bir kapı, kimi zaman Mahkeme'nin yargısal aktivizminin meşrulaştırıcı bir aracı olmaktadır.” Şirin 2010, s.679

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, E.1963/124, K.1963/243, K.T.11.10.1963; RG.4.12.1963/11572

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği tanımda dikkati çeken noktalar şu şekilde özetlenebilir:

1) Hukuk devleti yalnızca *şekli* olarak değil, *maddi* açıdan da tanımlanmıştır. Bu bağlamda, hukuk devleti olmak için devletin bütün faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması yetmez; bu kuralların içeriğinin de belirli özellikler taşıması gerekir. Hukuk kuralları insan haklarını koruyucu nitelikte, adil ve üstün hukuk ilkelerine uygun olmalıdır. Bu nitelikte olmayan kuralların meşruluğu tartışmalı hale gelir.

2) Mahkeme, “*sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez*” diyerek, çoğunlukçu demokrasi anlayışının sakıncalarına işaret etmektedir. Bu sakıncayı gidermenin yolu olarak, yasama faaliyetinin hukukun temel ilkelerine bağlı yürütülmesi ve devletin amacı ve varlığıyla bağdaşır olması gerektiğini belirtmektedir.

3) Hukuk devleti ilkesinin içeriği hem anayasal hem de anayasa ötesi ilkelerle somutlaştırılmıştır. Yukarıdaki kararda belirtilen *insan haklarına saygı, anayasaya saygı* ve *adalet*, başka bazı kararlarda vurgulanan⁶⁹ *eşitlik* ve *yargı denetimi* anayasa metninden alınan ilkelerdir. Hukukun üstün kuralları, evrensel hukuk ilkeleri veya hukukun genel ilkeleri gibi terimlerle adlandırılan ilkelere saygı ise, anayasa metninde bulunmayan kavramlardır.

4) Mahkeme, hukukun genel ilkelerini anayasa üstü normlar olarak görmektedir. Mahkeme'ye göre, “*yasaların, Anayasa'nın açık kurallarından önce hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine uygun olması şarttır*”.⁷⁰ Bu ilkelerin yasa koyucu tarafından bozulması ya da değiştirilmesi mümkün değildir.⁷¹ Hukukun genel ilkeleri anayasa üstü normlar olmakla birlikte, bütünüyle anayasanın dışında kabul edilmemiştir. Yasama faaliyetinin hukukun genel ilkelerine uygun olması gereği, aynı zamanda anayasada belirtilen hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Diğer bir deyişle, “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkelere yön veren” ve

⁶⁹ Örnek olarak bkz: Anayasa Mahkemesi, E.1990/20, K.1991/17, K.T.21.06.1991, RG.30.09.1992-21361

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1963/166, K.1964/76, K.T.22.12.1964, RG.28.04.1965/11985, AYMKD 1, s.237

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, E.1963/124, K.1963/243, K.T.11.10.1963; RG.4.12.1963/11572, AYMKD 1, s.429

onlara “egemen olan” hukukun genel ilkeleri, hukuk devleti ilkesi sayesinde, bir anlamda, anayasal ilkeler haline dönüştürülmüştür.⁷²

Ergun Özbudun’a göre, 1961 ve 1982 Anayasaları hukukun genel ilkelerinden söz etmese de, yargıcın bu ilkeleri bir hukuk kaynağı olarak kullanmasına olanak tanır: Anayasa’nın 138. Maddesi, “*hakimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*”, demektedir. Burada Anayasa ve kanun kavramından başka “*hukuk*” kavramına da yer verilmiş olması, anayasa koyucunun yazılı hukukun ötesinde bazı genel hukuk ilkelerine pozitif bir değer yüklediğini gösteriyor. Ayrıca, Anayasa’daki bu hüküm olmasaydı bile, hukuk devleti ilkesinin hukukun genel ilkelerini özünde barındırdığını kabul etmek gerekecekti.⁷³

5) Son olarak, Mahkeme’nin hukuk devleti ilkesinin içeriğini oluşturan kavramları *jus cogens* niteliğinde gördüğünü belirtmek gerekir. Türkçede daha çok “buyruk hükümler” adıyla dile getirilen *jus cogens* kurallar, öncelikli, üstün ve hiçbir koşulda aykırı düzenleme yapılması kabul edilemeyen mutlak hükümler niteliğindedir. Mahkeme, kararlarında *jus cogens* terimini kullanmadan *hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerce benimsen ilkeleri ve üstün ve evrensel hukuk kuralları* diyerek bu kavramın tanımını vermektedir.⁷⁴

Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devleti ilkesinin içeriğini belirleyen bu tanımı 1961 Anayasası dönemi için geçerlidir. Mahkeme, 1982 Anayasası’ndan sonra, eski içtihadındaki güçlü vurguyu azaltmış,

⁷² Bkz. Oktay Uygun, *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul, 1992, s.147-149

⁷³ Bkz: Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.132. Mahkeme’nin hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullanmasının yerindelik denetimine yol açacağı yönündeki eleştiri için bkz: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2010, s.423

⁷⁴ Bu konuda, Mahkeme’nin 1980 tarihli bir kararı son derece önemlidir. Mahkeme, hukuk devleti ilkesinden hareketle, o tarihte yürürlükte olan anayasanın pozitif bir hüküm olarak düzenlemediği *masumiyet karinesini* hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul ederek ölçü norm olarak kullanmış; ilgili yasal düzenlemeyi (hukuk devleti ilkesinden hareketle) bu ilkeye aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz: Anayasa Mahkemesi, E.1979/38, K.1980/11, K.T.29.1.1980, RG.15.05.1980/16989, AYMKD 18, s.87-115. Anayasa Mahkemesi’nin ne tür kuralları *jus cogens* niteliğinde gördüğünü örneklendiren bir makale için bkz: Oktay Uygun, “Internationalization of Public Law: Turkey”, *Internationalization of Public Law* (Ed. G. Timsit, S. Flogaitis) Esperia Publications, London, 2006, pp.539-569

zaman zaman aynı cümleleri kullansa da eskiden hukuk devleti ilkesine aykırı gördüğü bazı düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmamıştır.⁷⁵

G - Türkiye için Bazı Tespitler

Hukukun üstünlüğü ilkesi bütün uygar ülkelerin benimsediği ve hayata geçirmeye çalıştığı temel ilkelerden biridir. Modernleşme süreciyle birlikte ülkemiz de bu ilke ile tanışmıştır. Türkiye'nin tarihsel gelişimi yalnızca hukuki metinler üzerinden incelendiğinde, Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinde kişisel ve keyfi yönetimden kanun devletine geçildiği ve 1961 Anayasası ile hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin yerleştiği görülebilir. Hukuki metinlerin uygulamaya ne ölçüde yansıdığına baktığımızda ise durum farklıdır: Kurallı hareket, yasalara saygı ve hukukun üstünlüğü anlayışı ne devlet yönetiminde ne de yurttaşların zihninde önemli bir yer edinebilmiştir.

Anglosakson kültüründe hukukun üstünlüğü ilkesinin *insanların yönetimi* yerine *hukukun yönetimi* anlamına geldiğine yukarıda değinmiştik. Böyle bir bilinç, toplumsal aidiyetlerin ötesinde güçlü bir *birey* kimliğinin ortaya çıkışı ile bağlantılıdır. Eşitlik ve özgürlüğüne düşkün bireyler başkaları tarafından yönetilmeyi saygınlıklarının zedelenmesi olarak görür. Akıl ve vicdan sahibi her birey kendi kaderini tayin etme kapasitesine sahiptir ve bu doğrultuda kendi kendini yönetir. Düzenli bir toplum hayatı için gerekli olan ortak kurallar ise yöneticilerin keyfi kararlarına bırakılmaz. İnsanlar başka insanlar tarafından yönetilmez; hepsi doğal, ortak aklın eseri veya halkın iradesi niteliğindeki kanunlar tarafından yönetilir. Bütün bunların ülkemiz için de geçerli olduğu, bu zihniyetin toplumun çoğunluğu tarafından benimsendiği söylenebilir mi?

İnsanların değil hukukun yönetimi anlayışının toplumsal kültürümüzde baskın olduğunu söylemek mümkün gözüküyor. Ülkemizde çoğu kişi için siyasi, dini, ekonomik, mesleki veya ailevi otoritelerin yönetimi altında olmak “doğru” ve “tercih edilir” bir durumdur. “Yukarıda” kabul edilen birilerine tabi olmak ve mümkünse “aşağıda” kabul edilen birilerine hükmetmek çoğu kişi için *ideal bir denge* durumudur. Eşitlikçi ilişkilere imkân tanımayan bu hiyerarşinin hukukun üstünlüğü ilkesini talep eden bir kültürel iklim yaratması söz konusu değildir. Ayrıca, hukukun üstünlüğü ilkesinin kurallı hareketi, kanunlara itaati, başkalarının eşitlik ve özgürlüğüne saygılı olmayı öngerektirdiği gözden kaçırılmamalıdır. Hemen

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası döneminde hukuk devleti anlayışı için bkz: Çağlar 2013, s.196-238

herkesin işinde, özel hayatında, ödediği vergide, trafikteki davranışlarında ve benzeri alanlarda kanunlara uygunluk bakımından tartışmalı bir konumda bulunduğu, eşitlik değil ayrıcalık peşinde koştuğu, sorunları ortak akılla değil şark kurnazlığı ile çözmeye çalıştığı bir ülkede hukukun üstünlüğüne yönelik güçlü bir talebin ortaya çıkmamış olması şaşırtıcı değildir.

Falih Rıfki Atay, ünlü eseri *Zeytindağı*’nda, II. Meşrutiyet Dönemi ve I. Dünya Savaşı yılları liderlerinin hukuka ve kanunlara bakışını çarpıcı örneklerle anlatır. O dönemde ülkenin kaderini elinde tutan üçlüden (Enver, Cemal ve Talat) Cemal Paşa’nın emir subaylığı görevini üstlenen Atay, son günlerinde Cemal Paşa’nın şu sözleri söylediğini aktarır: “*Bir şey yapmak istiyorum, kanun karşıma çıkıyor. Kanun nedir? Ben yaptım, ben bozarım.*” Atay, bir başka olayda, verdiği emrin kanuna aykırı olduğu için yerine getirilemeyeceğini öğrenen Cemal Paşa’nın yaverinden boş kâğıt isteyerek Harbiye Nazırlığına gönderilmek üzere bir telgraf metni hazırladığını ve metinde “şu numaralı kanunu hemen bu şekilde değiştirerek bana metnini müstacel telgrafla bildiriniz” diye emir verdiğini belirtir. İttihatçıların diğer ünlü lideri Enver Paşa’ya atfedilen şu sözler de zihniyeti yansıtmak bakımından önemlidir: “*Yok kanun, yap kanun; yaparım olur, bozarım olmaz.*”⁷⁶ Dönemin siyasi liderlerinin, *kanun* kavramını “halkın iradesi”, “ortak akıl”, “nesnel kural” benzeri bir anlamda düşünmediklerini gösteriyor. O tarihte, kanun kavramı yöneticinin keyfi ve kişisel emrinden öte bir derinliğe sahip görünmüyor.

İlk anayasamızın yürürlüğe girişinden ve ilk parlamentonun kuruluşundan bu yana yaklaşık 150 yıl geçti. Bir buçuk asırlık bu deneyimin eşitlik, özgürlük, demokrasi ve insan hakları gibi alanlarda olduğu kadar hukukun üstünlüğü ilkesi bakımından da önemli kazançlar sağlaması beklenirdi. Ne yazık ki durum böyle değildir. 1961 Anayasası’nın yürürlükte olduğu kısa bir dönem dışında, hukukun üstünlüğü ilkesi yöneticiler ve yurttaşlar açısından sahip çıkılması gereken önemli ve değerli bir ilke olarak görülmemiştir. 1982 Anayasası’nın orijinal metninde hukuka aykırı ve denetlenemeyen işlemlerin sayısı artmıştır. Zamanla bu anayasada yapılan iyileştirmeler 2016’da ilan edilen olağanüstü hâl ve devamındaki düzenlemelerle uygulama gücünü yitirmiştir. 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen *cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi*yle devlet yetkileri tek elde toplanarak uygar ülkelerin benimsediği temel ilke ve kurumlar işlevsizleştirilmiştir. Kemal Gözler’in belirttiği gibi, “bir zamanlar, Türk hukukunu eleştirmek için ‘Türkiye Cumhuriyeti bir *hukuk devleti* değil, bir

⁷⁶ Falih Rıfki Atay, *Zeytindağı*, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2012, s.97

kanun devletidir’ deniyordu. 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra ilân edilen olağanüstü hâl rejiminde, kanunların yerini kanun hükmünde kararnameler alınca ‘Türkiye Cumhuriyeti artık *KHK devleti* oldu’ denilerek eleştiriler yapıldı. O günleri de arar olduk. Artık ‘Türkiye Cumhuriyeti bir *kanun devleti* veya *kararname devletidir*’ bile diyemiyoruz. Maalesef geriye diyecek tek şey kalıyor: Hoş geldin *genelge devleti*.⁷⁷

Son yıllarda vatandaşların günlük yaşamını etkileyen pek çok düzenleme ve yasak genelgelerle konulmuştur. Sokağa çıkma yasağı, alkol satışı yasağı ve sağlık personeline getirilen istifa yasağı gibi. *Genelgeler* normlar hiyerarşisinde yer alan bir hukuk kuralı türü değildir; kamu görevlilerine hukuk kurallarının nasıl uygulanacağını gösteren emir ve talimatlardır. Vatandaşların hak ve özgürlüklerini kısıtlayan ve resmî gazetede yayımlanmayan bu talimatlar, çoğu kez, gerçek anlamda bir kanuna, kararnameye veya yönetmeliğe dayanmamaktadır. Dayanak gösterilen kanun maddeleri ise genellikle söz konusu talimatlar bakımından ilgisiz, kapsam dışı veya çelişkili niteliktedir. Enver Paşa’nın *yok kanun, yap kanun* anlayışı bile şeklen de olsa yeni bir kanunun yapılması gerektiğini dikkate alıyordu. Günümüzde, kanunla düzenlenmesi gereken konularda “genelge” formunda bir talimatın bulunması yeterli görülmektedir. *Genelge devleti*’nde, kamu görevlileri emir ve talimatları kanun ve anayasadan üstün görmekte, anayasaya ve kanunlara uygunluğu denetlemekle görevli siyasal ve yargısal kurumlar ise sürecin işleyişinde etkisiz kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası döneminde hukuk devleti ilkesinin içeriğini somutlaştıran ve yukarıda ayrıntılı olarak incelenen içtihatları, *genelge devletinin* yöneticilerinin gözünde, adeta hukuki değerden yoksun bir politik bilimkurgu romanının fragmanlarına dönüşmüştür.

Mevcut anayasal düzende TBMM hala kanun çıkarma konusunda asli bir yetkiye sahiptir. Ancak kanunlar kamu yararını ve ulusun ortak çıkarlarını hedefleyen ortak aklın ürünü düzenlemeler olarak görülmemekte, Meclis’teki aritmetik çoğunluğun isteklerinden ibaret kalmaktadır. Çoğu kez, kanun metinlerinin görüşüleceği komisyonların faaliyetleri işlevsizleştirilmekte, Cumhurbaşkanlığından gelen metinler değişikliğe uğramadan emredilen (!) süre içerisinde TBMM Genel Kurulunda oylanarak kanun niteliği kazanmaktadır. Bu şekilde yapılan kanunların ulusun iradesini yansıttığı söylenemeyeceği gibi, hukukun yüceliğini temsil ettiği de söylenemez. Hukukun üstünlüğü ilkesi ancak hukukun yüceliğinin

⁷⁷ Kemal Gözler, “Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine” (14.05.2021) Türk Anayasa Hukuku Sitesi: <https://anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm> (E. T. 11.08.2021) *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

toplumsal kültürün önemli bir bileşeni olması halinde gerçekleşebilir. Bunu sağlamak için atılacak en önemli iki adım kanunların ortak aklın ürünü olarak çıkartılması ve temel hukuk ilkelerine bağlılığın teyit edilmesidir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi (2011) *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, İstanbul
- Allison, J. W. F. (2018) "Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.167-183
- Balta, Tahsin Bekir (1970) *İdare Hukuku I*, AÜSBF Yayını, Ankara
- Bedner, Adriaan (2018) "The Promise of a Thick View", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.34-47
- Cain, Maureen – Hunt, Alan (1979) *Marx and Engels on Law*, Academic Press
- Coleman, Jules L. – Leiter, Brian (2010) "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing
- Collins, Hugh (2016) *Marksizm ve Hukuk* (Çev. U. D. Tuna) Dipnot Yayınları, Ankara
- Costa, Pietro (2018) "The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.135-148
- Cotterrell, Roger (2019) *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul
- Cotterrell, Roger (2020) *Hukuk Sosyolojisi: Giriş* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul
- Çağlar, Bakır (1989) *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul
- Çağlar, Selda (2013) *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta, İstanbul
- Çoban, Ali Rıza – Canatan, Bilal – Küçük, Adnan (Ed.) (2008) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara
- Deflem, Mathieu (1998) *Sociology of Law*, Cambridge University Press Ian Ward, *An Introduction to Legal Theory*, Cavendish Publishing, 1998
- Dicey, Albert V. (2008) "Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar", *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ed. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.25-38

- Dworkin, Ronald (2018) *Hukukun Hükümranlığı* (Çev. E. Uzun) Nora Kitap, İstanbul
- Fuller, Lon L. (2016) *Hukukun Ahlakı* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul
- Ginsburg, Tom (2018) “Difficulties with Measuring the Rule of Law”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.48-56
- Gözler, Kemal (2010) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa
- Gözler, Kemal (2021) “Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine”, Türk Anayasa Hukuku Sitesi: <https://anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm> (E. T. 11.08.2021)
- Gözübüyük, A. Şeref (2006) *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara
- Gurvitch, Georges (1947) *Sociology of Law*, Butler and Manner Ltd., London
- Hayek, Friedrich A. (2008) “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti” (Çev. S. G. Göktolga, A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.41-97
- Hunt, Alan (2010) “Marxist Theory of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing, s.350-360
- İnalcık, Halil (2019) *Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul
- Marmor, Andrei (2008) “Hukuk Devleti ve Sınırları” (Çev. S. G. Göktolga) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.169-207
- May, Christopher – Winchester, Adam (Ed.) *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018
- Middleton, Kenneth William Bruce (1969) “Sovereignty in Theory and Practice”, *In Defense of Sovereignty* (Ed. W. J. Stankiewicz) Oxford University Press, New York, pp.132-159
- Moller, Jorgen (2018) “The Advantages of a Thin View”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.21-33
- Neuman, Gerald L. (2008) “Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak *Rule of Law* ve Alman Anayasasının *Rechtsstaat* İlkesi”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.557-574

- Okandan, Recai Galip (1977) *Amme Hukukumuzun Anahatları*, İÜHF Yayını, İstanbul
- Ortaylı, İlber (2007) *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara
- Öktem, Niyazi – Türkbağ, Ahmet Ulvi (2014) *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul
- Özbilgen, Tarık (1976) *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF Yayını, İstanbul
- Özbudun, Ergun (2011) *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara
- Özcan, M. Tefvik (2008) *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayınları, İstanbul
- Özenç, Berke (2014) *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul
- Raz, Joseph (2008) “Hukuk Devleti ve Erdemi” (Çev. B. Canatan) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.149-166
- Rosenfeld, Michel (2008) “Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti” (Çev. A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.211-255
- Sancar, Mithat (2012) *Devlet Akli Kısılcısında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul
- Sebok, Anthony J. (1998) *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press
- Sfez, Lucien (2000) “Duguit ve Devlet Kuramı: Temsil ve İletişim”, (Çev. A. Ciniç), *Devlet Kuramı* (Der. C. B. Akal), Dost, Ankara, s.403-421
- Şirin, Tolga (2010) “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti: Aralarında Fark Var mı?”, *Tuncer Karamustafaoğlu'na Armağan* (Haz. N. Çağan, İ. Tarakçıoğlu, S. Süzek vd.) Adalet Yayınevi, Ankara, s.679-696
- Tamanaha, Brian Z. (2004) *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, New York
- Tamanaha, Brian Z. (2006) *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York
- Tanör, Bülent (2007b) *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul
- Teziç, Erdoğan (2016) *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul
- Touchard, Jean (2015) *Siyasal Düşünceler Tarihi* (Çev. İ. Yerguz) Isık Yayınları, İstanbul
- Troper, Michel (2011) *Hukuk Felsefesi* (Çev. I. Ergüden) Dost Kitabevi, Ankara

- Tunaya, Tarık Zafer (2003) *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler: 1876-1938*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (1992) *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (2006) “Internationalization of Public Law: Turkey”, *Internationalization of Public Law* (Ed. G. Timsit, S. Flogaitis) Esperia Publications, London, 2006, pp.539-569
- Uygun, Oktay (2021a) *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (2021b) *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul
- Wacks, Raymond (2015) *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul
- Ward, Ian (1998) *An Introduction to Legal Theory*, Cavendish Publishing
- Weber, Max (1978) *Economy and Society* (Trens. E. Fiscoff, H. Gerth, A. Henderson et al.) (Ed. G. Roth, C. Wittich) University of California Press

VERGİ HUKUKU GÜNCEL GELİŞMELERİ

(CURRENT DEVELOPMENTS IN TAX LAW)

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk * **

ÖZ

2019 senesi sonundan itibaren dünyayı etkileyen koronavirüs salgınının etkilerinden bir tanesi de vergiler alanında olmuştur. Alınan vergi önlemleri ve diğer vergi gelişmeleri ile bunların vergi idaresi ve mükellefler bakımından etkileri konusundaki değerlendirmeler bu çalışmada yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Hukuku, Vergi Gelişmeleri, Koronavirüs, Mükellef

ABSTRACT

One of the effects of the coronavirus epidemic that has effected the world since the end of 2019 has been in the tax area. Evaluations about the tax measures taken and other tax developments and their effects on tax administration and taxpayers are included in this study.

Keywords: Tax Law, Tax Developments, Coronavirus, Taxpayer

Giriş

Günümüzün en güncel sorunu olan Covid-19 sonrası dünyasında en önemli konulardan bir tanesi vergiler olmuştur. Salgının getirdiği ekonomik yıkım ve insan faktöründeki problemler beraberinde şirketler bakımından da önemli değişiklikler getirmiş, yeni çalışma alanları ortaya çıkmış, mevcut sektörlerde azalmalar ve kabuk değiştirmeler olmuş, kısaca her şey salgın düzenine evrilmiş ve evrilmektedir. Bundan sonraki yaşam hiç bir zaman eskisi gibi olmayacaktır.

Bu yeni yaşam tarzında değişmeyen hususlardan biri vergilerdir. Binlerce yıldır insanlıkla her koşulda birlikte yaşayan ve yeni şartlara uymakta zorlanmayan vergiler salgın sonrasında da mevcut durumunu muhafaza etmiştir. Zira vergisiz bir toplum hayatı mümkün değildir. Bu yeni şartlarda

Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 08.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 02.06.2022. Onaylanma Tarihi: 08.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5672-3553.

Eser Atf Şekli: Hakan Üzeltürk, “Vergi Hukuku Güncel Gelişmeleri”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.559-612.

vergilerin en önemli konusu değişim veya yeni vergiler değil olanların nasıl ödeneceği noktasındadır. Ülkeler salgın koşullarında salgınla mücadelede vergi gelirlerinden yoksun kalmamak ve mevcudiyetlerini problemsiz devam ettirebilmek için ekonomik yapılarında esneklikler oluşturmaya çalışmış ve bu çerçevede vergiler de önemli bir araç olmuştur. Bir bakıma salgın dönemi şartlarına uygun vergicilik uygulamaları geliştirilmiştir.

Dünyada olduğu gibi ülkemizde de bu konuda çok sayıda tedbir alınmış, tahsil ve uygulama kolaylıkları getirilmiştir. Salgın dışında da vergi dünyasının olağan akışı içindeki değişiklikler, siyasi ve ekonomik gelişmeler kapsamında birçok vergi düzenlemesi getirilmiştir. Bu çalışmada bütün bu gelişmeler ele alınıp incelenecek, sonuçları tartışılacaktır.

Vergi hukukundaki güncel gelişmeler dediğimizde günümüze gelmeden öncelikle Covid-19 kapsamında özellikle Aralık-2019 başlayan süreçte neler olduğuna bakalım. Bu süreç halen devam etmekle birlikte zaman aralığı iki yıla yaklaşmaktadır.

Aralık-2019 Gelişmeleri

7194 Sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 7.12.2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'la vergi sistemimizde temel bazı değişiklikler yapılmış ve üç yeni vergi getirilmiştir. Bu kapsamda 7.12.2019 tarihinde 2019/138 sayılı Vergi Sirküleri de yayınlanmıştır. Ayrıca, 7194 sayılı Kanun'la gelir vergisi dilimi beşe çıkarılarak yüzde kırklık yeni bir oran oluşturulmuştur.

Dijital Hizmet Vergisi

Kanunun ilk yedi maddesi kapsamında Türkiye'de sunulan bazı hizmetlerden elde edilen hasılat dijital hizmet vergisine tabidir. Bunlar:

- Dijital ortamda sunulan her türlü reklam hizmetleri (reklam kontrol ve performans ölçüm hizmetleri, kullanıcılarla ilgili veri iletimi ve yönetimi gibi hizmetler ile reklamın sunulmasına ilişkin teknik hizmetler dâhil);
- Sesli, görsel veya dijital herhangi bir içeriğin (bilgisayar programları, uygulamalar, müzik, video, oyunlar, oyun içi uygulamalar ve benzerleri dâhil) dijital ortamda satışı ile bu içeriklerin dijital ortamda dinlenmesine, izlenmesine, oynanmasına veya elektronik cihazlara kaydedilmesine veya bu cihazlarda kullanılmasına yönelik dijital ortamda sunulan hizmetler;
- Kullanıcıların birbirleriyle etkileşime geçebilecekleri dijital ortamların sağlanması ve işletilmesi hizmetleri (kullanıcılar arasında

bir mal veya hizmetin satılmasına veya satılmasının kolaylaştırılmasına yönelik sunulan hizmetler dâhil);

- Yukarıda sayılan hizmetlere yönelik dijital ortamda dijital hizmet sağlayıcıları tarafından verilen aracılık hizmetlerinden elde edilen hasılat da dijital hizmet vergisine tabidir.
- Burada bazı terimler önem arz etmektedir. Hasılatın elde edilmesi, hasılatın mahiyet ve tutar itibarıyla kesinlik kazanmış olmasını ifade etmektedir. Hizmetin Türkiye’de sunulması ise hizmetin Türkiye’de sunulmasını, hizmetten Türkiye’de faydalanılmasını, hizmetin Türkiye’de bulunan kişilere yönelik gerçekleştirilmesini veya hizmetin Türkiye’de değerlendirilmesini ifade etmektedir. Değerlendirmeden maksat, hizmetin karşılığını teşkil eden ödemenin Türkiye’de yapılması veya ödeme yurt dışında yapılmışsa, Türkiye’de ödeyenin veya nam ve hesabına ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmesi veya kârından ayrılmasıdır. Dijital ortamda sunulan reklam hizmetinin Türkiye’de bulunmayan kişilere yönelik gerçekleştirilmesi durumunda hizmet Türkiye’de değerlendirilmiş sayılmaz.
- Dijital hizmet vergisinin mükellefi, dijital hizmet sağlayıcılarıdır. Bunların, Gelir Vergisi Kanunu ya da Kurumlar Vergisi Kanunu bakımından tam mükellef olup olmaması, dar mükellefiyette söz konusu faaliyetleri Türkiye’de bulunan iş yeri veya daimi temsilcileri vasıtasıyla gerçekleştirip gerçekleştirmemesi dijital hizmet vergisi mükellefiyetine tesir etmez. Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, iş yerinin, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmaması hâlleri ile gerekli görülen diğer hâllerde Hazine ve Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanlar ile işleme ve ödemeye aracılık edenleri verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir.
- Dijital Hizmet Vergisi ile ilgili muafiyet ve istisnalar başlığı altında da bazı hükümler getirilmiştir. Bu çerçevede, İlgili hesap döneminden önceki hesap döneminde, 1. maddede sayılan hizmetlere ilişkin, Türkiye’de elde edilen hasılatı 20 milyon Türk lirasından veya dünya genelinde elde edilen hasılatı 750 milyon eurodan veya muadili yabancı para karşılığı Türk lirasından az olanlar dijital hizmet vergisinden muafır. Mükellefin, finansal muhasebe açısından konsolide bir grubun üyesi olması hâlinde, bu hadlerin uygulanmasında grubun verginin konusuna giren hizmetlere ilişkin elde ettiği toplam hasılat dikkate alınır. Cumhurbaşkanı,

birinci fıkrada yer alan hadleri verginin konusuna giren hizmet türlerine göre ayrı ayrı veya birlikte sıfıra kadar indirmeye veya üç katına kadar artırmaya yetkilidir.

- Dijital hizmet vergisinin matrahı, ilgili vergilendirme döneminde verginin konusuna giren hizmetler nedeniyle elde edilen hasılattır. Hasılatın döviz ile hesaplanması hâlinde döviz, hasılatın elde edildiği tarihte geçerli olan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden Türk parasına çevrilir. Verginin matrahından gider, maliyet ve vergi adı altında indirim yapılmaz. Dijital hizmet vergisi, fatura ve fatura yerine geçen belgelerde ayrıca gösterilmez. Dijital hizmet vergisi mükelleflerince ödenen dijital hizmet vergisi, bu mükellefler tarafından gelir ve kurumlar vergisine esas safi kazancın tespitinde gider olarak indirilebilir.
- Dijital hizmet vergisi oranı %7,5'tir. Dijital hizmet vergisi, matraha oranının uygulanması suretiyle hesaplanır. Bu şekilde hesaplanan vergiden herhangi bir indirim yapılmaz. Cumhurbaşkanı, üçüncü fıkrada belirtilen oranı, hizmet türleri itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte %1'e kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya yetkilidir.
- Dijital hizmet vergisi, mükellef veya vergi sorumlusu olan gerçek veya tüzel kişi adına tarh olunur. Adi ortaklıklarda, verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere, ortaklardan herhangi biri adına tarhiyat yapılır.
- Dijital hizmet vergisinde vergilendirme dönemi, takvim yılının birer aylık dönemleridir. Ancak Hazine ve Maliye Bakanlığı, hizmet türlerine ve mükelleflerin faaliyet hacimlerine göre birer aylık vergilendirme dönemi yerine üçer aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir.
- Dijital hizmet vergisi, mükellefin beyanı üzerine tarh olunur. 3. maddenin ikinci fıkrasının uygulandığı durumlarda, bu beyan vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanlar tarafından yapılır. Mükellefler ve vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanlar, dijital hizmet vergisi beyannamelerini, vergilendirme dönemini takip eden ayın sonuna kadar ilgili vergi dairesine vermekle yükümlüdürler. Dijital hizmet vergisi, katma değer vergisi mükellefiyeti bulunan hizmet sağlayıcıları için bu vergi bakımından bağlı buldukları vergi dairesince, bulunmayanlar bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek vergi dairesince tarh olunur.
- Dijital Hizmet Vergisi yanında, 19 Aralık 2018 tarihli ve 30630 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 476 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı

ile 1.1.2019 tarihinden itibaren, internet ortamında verilen reklam hizmetlerine ilişkin olarak, bu hizmeti verenlere veya internet ortamında reklam hizmeti verilmesine aracılık edenlere, mükellef olup olmamasına bakılmaksızın gerçek kişilere yapılacak ödemelerden % 15; dar mükellef kurumlara yapılacak ödemelerden % 15; Türkiye’de kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunan kurumlara yapılacak ödemelerden % 0 oranında stopaj yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

- Dijital Hizmet Vergisi’nin yürürlük tarihi Kanun’la 1.3.2020 olarak belirlenmiştir.

Konaklama Vergisi

13.7.1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu’nun mülga 34. maddesi başlığı ile birlikte yeniden düzenlenmiş ve 1.4.2020 tarihinden itibaren Konaklama Vergisi getirilmiştir. Buna göre:

- Otel, motel, tatil köyü, pansiyon, apart otel, misafirhane, kamping, dağ evi, yayla evi gibi konaklama tesislerinde verilen geceleme hizmeti ile bu hizmetle birlikte satılmak suretiyle konaklama tesisi bünyesinde sunulan diğer tüm hizmetler (yeme, içme, aktivite, eğlence hizmetleri ve havuz, spor, termal ve benzeri alanların kullanımı gibi) konaklama vergisine tabidir. Geceleme hizmetinin; sağlıklı yaşam tesisleri, eğlence merkezleri gibi tesislerin bünyesinde sunulması, vergilendirmeye etki etmez.
- Konaklama vergisinin mükellefi birinci fıkrada belirtilen hizmetleri sunanlardır.
- Vergiyi doğuran olay, birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin sunulması ile meydana gelir.
- Konaklama vergisinin matrahı, verginin konusuna giren hizmetler karşılığında, katma değer vergisi hariç, her ne suretle olursa olsun alınan veya bu hizmetler için borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamıdır.
- Konaklama vergisinin oranı % 2’dir. Cumhurbaşkanı, bu oranı bir katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye, bu sınırlar içinde farklı oranlar tespit etmeye yetkilidir.
- Konaklama vergisi, konaklama tesislerince düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde ayrıca gösterilir. Bu vergiden herhangi bir ad

altında indirim yapılamaz. Bu vergi, katma değer vergisi matrahına dahil edilmez.

- Bazı hizmetler konaklama vergisinden müstesnadır. Bunlar: Öğrenci yurtları, pansiyonları ve kamplarında öğrencilere verilen hizmetler; Karşılıklı olmak kaydıyla yabancı devletlerin Türkiye'deki diplomatik temsilcilikleri, konsoloslukları ve bunların diplomatik haklara sahip mensupları ile uluslararası anlaşmalar gereğince vergi muafiyeti tanınan uluslararası kuruluşlar ve mensuplarına verilen hizmetler.
- Konaklama vergisinde vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının birer aylık dönemleridir. Her bir vergilendirme dönemine ait konaklama vergisi, vergilendirme dönemini takip eden ayın yirmi altıncı günü akşamına kadar katma değer vergisi yönünden bağlı olunan vergi dairesine (katma değer vergisi mükellefiyeti bulunmayanlarca tesisin bulunduğu yer vergi dairesine) beyan edilir ve aynı süre içinde ödenir. Hazine ve Maliye Bakanlığı, konaklama vergisi beyannamesinin şekil, içerik ve ekleri ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Değerli Konut Vergisi

7194 sayılı Kanun'la vergi sistemimize giren bir başka yeni vergi Değerli Konut Vergisi'dir. 1.1.2020 tarihinden itibaren uygulanacak olan bu vergi ile ilgili temel özellikler şu şekildedir:

- Türkiye sınırları içinde bulunan mesken nitelikli taşınmazlardan bina vergi değeri veya Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değeri 5.000.000 Türk Lirası ve üzerinde olanlar değerli konut vergisine tabidir.
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce ilgili mevzuat kapsamında yapılan veya yaptırılan değerlendirme sonucunda belirlenen ve değeri 42. maddede yer alan tutarı aşan (bu tutar dâhil) mesken nitelikli taşınmazlar, ilgilileri tarafından ulaşılabilecek şekilde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün internet sitesinde ilan edilir ve ilgisine ayrıca tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren on beşinci günün sonuna kadar Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne itiraz edilmeyen mesken nitelikli taşınmaz değeri kesinleşir. Süresinde yapılan itirazlar, on beş gün içinde değerlendirilerek sonuçlandırılır ve kesinleşen değer, aynı usulle ilan ve ilgisine tebliğ edilir. Bu değer, değerli konut vergisi uygulamasında Tapu ve Kadastro

Genel Müdürlüğünce belirlenen değer olarak kabul edilir. Bu vergi uygulamasında, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen bir değer bulunmaması durumunda, bina vergi değeri esas alınarak vergilendirme işlemleri yapılır. Bina vergi değeri, 29 uncu maddeye göre belirlenen vergi değeridir.

- Verginin matrahı, bina vergi değeri ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değerden yüksek olanıdır.

Değerli konut vergisine tabi mesken nitelikli taşınmazlardan değeri;

5.000.000 TL ile 7.500.000 TL arasında olanlar (Binde 3)

7.500.001 TL ile 10.000.000 TL arasında olanlar (Binde 6)

10.000.001 TL'yi aşanlar (Binde 10)

oranında vergilendirilir. Paylı mülkiyette ve elbirliği mülkiyette, matrahın hesabında mesken nitelikli taşınmazın toplam değeri esas alınır.

- Değerli konut vergisini mesken nitelikli taşınmazların maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa mesken nitelikli taşınmaza malik gibi tasarruf edenler öder. Bir mesken nitelikli taşınmaza paylı mülkiyet hâlinde malik olanlar, hisseleri oranında mükelleftirler. Elbirliği mülkiyette malikler vergiden müteselsilen sorumlu olurlar. Değerli konut vergisi mükellefiyeti; Mesken nitelikli taşınmazın değerinin, bina vergi değeri veya Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değer 42. maddede belirtilen tutarı aştığının (bu tutar dâhil) belirlendiği tarihi; 33(1) ve (7). maddede yazılı vergi değerini tadil eden sebeplerin doğması hâlinde bu değişikliklerin vuku bulduğu tarihi; Muafiyetin sukut ettiği tarihi takip eden yıldan itibaren başlar. Yanan, yıkılan, tamamen kullanılmaz hâle gelen veya vergiye tabi iken muaflik şartlarını kazanan mesken nitelikli taşınmazlardan dolayı mükellefiyet, bu olayların vuku bulduğu tarihi takip eden taksitten itibaren sona erer.
- Bazı mesken nitelikli taşınmazlar, değerli konut vergisinden muaftır. Bunlar: Genel ve özel bütçeli idarelerin, belediyelerin ve üniversitelerin maliki veya intifa hakkına sahip olduğu mesken nitelikli taşınmazlar; Türkiye sınırları içinde mesken nitelikli tek taşınmazı olan kişilerden; kendisine bakmakla mükellef kimsesi olup on sekiz yaşını doldurmamış olanlar hariç olmak üzere hiçbir geliri olmadığını belgeleyenlerin, gelirleri münhasıran kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumlarından aldıkları aylıktan ibaret bulunanların sahip

olduğu mesken nitelikli taşınmazlar (intifa hakkına sahip olunması hâli dâhil) (Bu hüküm, belirtilen kişilerin tek meskene hisse ile sahip olmaları hâlinde hisselerine ait kısım hakkında da uygulanır.); Yabancı devletlere ait olup elçilik ve konsolosluk olarak kullanılan mesken nitelikli taşınmazlar ile elçilerin ikametine mahsus mesken nitelikli taşınmazlar ve bunların müstemilatı (karşılıklı olmak şartıyla) ve merkezi Türkiye’de bulunan milletlerarası kuruluşlara, milletlerarası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerine ait mesken nitelikli taşınmazlar; Esas faaliyet konusu bina inşası olanların işletmelerine kayıtlı bulunan ve henüz ilk satışa, devir ve temlike konu edilmemiş yeni inşa edilen mesken nitelikli taşınmazlar (arsa karşılığı inşaat işlerinde sözleşme gereği taahhüt işini üstlenen müteahhide kalan mesken nitelikli taşınmazlar dâhil) (bu taşınmazların kiraya verilmesi veya sair surette kullanılması hâlleri hariç).

- Mükellef tarafından, mesken nitelikli taşınmaza ilişkin bina vergi değeri ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce belirlenen değer, buna ait vesikalarla, mesken nitelikli taşınmazın bulunduğu yerdeki Gelir İdaresi Başkanlığına bağlı yetkili vergi dairesine, mesken nitelikli taşınmazın değerinin 42. maddede belirtilen tutarı aştığı (bu tutar dâhil) yılı takip eden yılın şubat ayının 20. günü sonuna kadar beyanname ile beyan edilir ve vergi, yetkili vergi dairesince yıllık olarak tarh ve tahakkuk olunur. Müteakip yıllar için mükellef tarafından aynı şekilde yıllık olarak beyanname verilir ve vergi ilgili vergi dairesince tarh ve tahakkuk olunur. Elbirliği mülkiyetinde mükellefler müşterek beyanname verebilecekleri gibi, münferiden de beyanname verebilirler. Paylı mülkiyet hâlinde ise beyanname münferiden verilir. Vergi dairesi tarafından tarh ve tahakkuk ettirilen vergi, ilgili yılın şubat ve ağustos aylarının sonuna kadar iki eşit taksitte ödenir. Yıl içerisinde mükellefiyetin başlamasını gerektirecek durumun meydana gelmesi hâlinde, mükellef tarafından takip eden yılın beyanname verme süresi içerisinde ilgili vergi dairesine beyanname verilir.
- Bu verginin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, muafiyetlerin uygulanmasında aranacak belgeleri

tespit etmeye, 47. maddede yer alan beyanname verme ve ödeme sürelerini üç aya kadar uzatmaya, beyannamenin verileceği yetkili vergi dairesini, beyannamenin şekil, içerik ve eklerini belirlemeye ve verginin beyanname aranmaksızın tahakkuk ettirilmesine Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Gelir Vergisi Tarifesine % 40 Oranı Eklendi

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde yapılan değişiklik ile gelir vergisi tarifesine yeni bir dilim ve % 40 oranı eklenmiştir. Buna göre, mevcut tarifenin ilk dört dilimi korunmak suretiyle 500.000 TL'ye kadar gelir elde eden grupların vergi yüklerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır; ancak 500.000 TL ve üzeri gelir elde edenler % 40 oranında gelir vergisine tabi olacaktır. Bu çerçevede gelir vergisi artık beş dilimli olarak alınacaktır. Yeni dilim ve oranlar şu şekildedir:

18.000 TL'ye kadar	% 15
40.000 TL'nin 18.000 TL'si için 2.700 TL, fazlası	% 20
98.000 TL'nin 40.000 TL'si için 7.100 TL, (ücret gelirlerinde 148.000 TL'nin 40.000 TL'si için 7.100 TL), fazlası	% 27

500.000 TL'nin 98.000 TL'si için 22.760 TL, (ücret gelirlerinde 500.000 TL'nin 148.000 TL'si için 36.260 TL), fazlası	% 35
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

500.000 TL'den fazlasının 500.000 TL'si için 163.460 TL (ücret gelirlerinde 500.000 TL'den fazlasının 500.000 TL'si için 159.460 TL), fazlası	% 40
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

Bu düzenleme ile ücret gelirleri dışındaki diğer gelirlere 1.1.2019-31.12.2019 dönemi için yukarıda yer alan yeni tarife uygulanacaktır.

Aralık 2019 Değerlendirmeler

- Dijital Hizmet Vergisi bakımından geniş sorumluluk düzenlemesi hukuken problemlili bir düzenlemedir. Burada düzenlemeye konu rakamlar dikkate alındığında verginin hedef kitlesinin yurtdışında yerleşik olan ve Türkiye'de kazanç elde eden global şirketler olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle reklam hizmetleri geniş bir vergi alanı olarak görülmektedir. Örneğin Google'ın 2018 reklam gelirleri 116 milyar dolar, Facebook'un 55 milyar dolardır. 2019 rakamları daha da fazla olacaktır. Bu nedenle alan cazip gözükmektedir. Fransa'da vergilendirilen yabancı şirketler ağırlığı dikkat çekmektedir. Bu

durum yabancı şirketler tarafından eleştirilmekte, ayrımcılık iddiaları gündeme getirilmektedir. Bu şirketlerin vergilendirme rejimine tabi oldukları ülkeler bakımından gümrük vergileriyle misillemeler yapılacağı da konuşulmaktadır. Yaptırım olarak zikredilen erişim yasağı vergi sebebiyle diğer alanlardaki özgürlük ve erişimlerin kısıtlanmasına da sebep olabilecektir. Uygulanması bakımından da çeşitli zorluklar bulunan bu verginin yanında bu şirketler bakımından yapılan stopaj uygulaması da çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanı ve maliye Bakanlığı'na verilen yetkiler bakımından da hukuka aykırılıklar bulunmaktadır. Bu tür geniş hacimli ve global düzenlemelerde daha iyi metinler hazırlanması gerekmektedir.

- Turizm bakımından olumsuz etkileri olacağı değerlendirilen Konaklama Vergisi bakımından sektörün itiraz ve değerlendirmelerinin dikkate alınmadığı belirtilmektedir. Gelişmiş bazı ülkeler incelendiğinde benzer vergilerin olduğu görülmektedir. Bunlar Konaklama Vergisi, Şehir Vergisi, Ziyaretçi Vergisi, Otel Vergisi, Turizm Vergisi ve benzeri isimleri alabilmektedir. Genellikle yerel idarelerce alınan bir vergidir. Hukuken bu sektör satışlarının farklı zaman ve mekânlarda yapılması, verginin yürürlüğe gireceği tarihteki statüleri de etkilemektedir. Gelen ilave maliyetlerin yansıtılması bakımından oluşan problemler çözülememiş gözükmektedir. Bu kapsamda bir geçiş süresi verilmesi doğru bir yaklaşım olurdu. Zira yoğun rekabetin olduğu turizm alanlarında ilave vergiler sebebiyle oluşan maliyet artışları sektörü kolaylıkla daraltabilmektedir. Bu da vergi beklentisi sebebiyle turizm gelirlerinde azalma riskini göze almak demektir.
- Değerli Konut Vergisi her yönüyle sorunlu bir düzenleme olarak gözükmektedir. Değer kavramında yer alan rakamların hem belirlenme şekli hem de rakam olarak görünümüleri çok tartışılmaktadır. Birçok konut ile ilgili olarak aşırı değerli gösterildiği iddiaları bulunmaktadır. Bu nedenle itiraz ve dava yolunun yoğun şekilde kullanılacağı alanlardan birisidir. Bu konuda gelen tepkiler sebebiyle hükümet kanadında da bazı adımlar atılabileceği mesajları verilmektedir. Ayrıca tek bir konut sahibi olup da belirlenen rakamları aşan değerde olanlar ile çok sayıda konutu olup belirlenen değerleri aşmayanlar arasında toplam rakam bakımından da servet vergisi niteliğindeki bu vergi bakımından adaletsizlikler karşımıza çıkmaktadır.

- Gelir Vergisi kapsamında getirilen yeni % 40'lık oran ücret gelirleri dışındaki diğer gelirlere 1.1.2019-31.12.2019 dönemi için uygulanacaktır. Bu durum açık bir geriye yürüme olup, hukuka aykırıdır.
- Yapılan ve yapılacak vergi düzenlemelerinde hukukun üstünlüğü esas olmalı, vergi prensipleri ve kavramları doğru ve özenli kullanılmalıdır. Aksi takdirde hem vergi gelirleri azalmakta, hem de vergi adaleti içi boş bir kavram olarak kalmakta ve vergiye tepki artmaktadır.

Mart-Nisan-Mayıs 2020 Gelişmeleri

Koronavirüs vakalarının özellikle ülkemizde ortaya çıkmaya veya açıklanmaya başladığı bu zaman diliminde bazı vergi önlemleri de alınmaya çalışılmıştır. Bunlar:

- 17 Mart 2020 tarihli 125 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri ile 31 Mart 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken 2019 takvim yılına ait Yıllık Gelir Vergisi beyannamelerinin verilme süreleri ile bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin ödeme süreleri 30 Nisan 2020 Perşembe günü sonuna kadar uzatılmıştır.
- 19.3.2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı duyurusu kapsamında kredi kartı ile İnteraktif Vergi Dairesi üzerinden veya anlaşmalı bankalar aracılığıyla ödenebilen vergi, harç ve idari para cezası ile değerli kâğıt bedellerine ilişkin ödemeler 10.04.2020 tarihine kadar vergi dairesi vezneleri yerine İnteraktif Vergi Dairesi üzerinden veya anlaşmalı bankalar aracılığıyla yapılacaktır.
- 19.3.2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı duyurusu kapsamında Kurumlar vergisi mükelleflerinin vergi ödemeleri vergi dairelerinin vezneleri yerine alternatif ödeme kanalları (İnteraktif Vergi Dairesi, anlaşmalı bankalar ve PTT) kullanmak suretiyle gerçekleştirilecektir.
- 19.3.2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı duyurusu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişiler, potansiyel vergi kimlik numarası taleplerini İnteraktif Vergi Dairesi'nin web (ivd.gib.gov.tr) uygulaması üzerinden gerçekleştirecek ve potansiyel vergi kimlik numarası elektronik ortamda oluşturularak kendilerine tevsik edici resmi belge söz konusu uygulama üzerinden sunulacaktır.
- 22 Mart 2020 tarihli ve 2278 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yurtiçi hava yolu ile yolcu taşımacılığı hizmetinde KDV oranı, 01.04.2020

ile 30.06.2020 tarihleri arasında (30.06.2020 dahil) %1 oranına indirilmiştir.

- 22 Mart 2020 tarihli ve 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı'na göre, "COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önlemek amacıyla alınan tedbirler kapsamında; bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten 30.4.2020 tarihine kadar, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflas takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınmamasına ve ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilmiştir."
- 23 Mart 2020 tarihli 126 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri ile 26 Mart 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken Katma Değer Vergisi Beyannamelerinin verilme süreleri ile bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin ödeme süreleri 24 Nisan 2020 Cuma günü sonuna kadar; 31 Mart 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken 2020/Şubat dönemine ilişkin "Form Ba" ve "Form Bs" bildirimlerinin verilme süresi 30 Nisan 2020 Perşembe günü sonuna kadar; 31 Mart 2020 günü sonuna kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma süresi ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Sistemine yüklenmesi gereken "Elektronik Defter Beratları"nın yüklenme süresi 30 Nisan 2020 Perşembe günü sonuna kadar uzatılmıştır.
- 24 Mart 2020 tarihinde yayınlanan 518 sayılı Vergi usul Kanunu Genel Tebliği ile salgından ve buna karşı alınan tedbirlerden etkilenenler mükelleflerin mücbir sebep imkânından faydalandırılmaları öngörülmüştür.

Madde 3: "(1) 213 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin Hazine ve Maliye Bakanlığına verdiği yetkiye istinaden;

a) Ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunan mükelleflerin,

b) Koronavirüs salgınından doğrudan etkilenen ve ana faaliyet alanı itibarıyla; alışveriş merkezleri dahil perakende, sağlık hizmetleri, mobilya imalatı, demir çelik ve metal sanayii, madencilik ve taş ocakçılığı, bina inşaat hizmetleri, endüstriyel mutfak imalatı, otomotiv imalatı ve ticareti ile otomotiv sanayii için parça ve aksesuar imalatı, araç kiralama, depolama faaliyetleri dahil lojistik ve ulaşım, sinema ve tiyatro gibi sanatsal hizmetler, matbaacılık dahil kitap, gazete, dergi ve benzeri basılı ürünlerin yayımcılık

faaliyetleri, tur operatörleri ve seyahat acenteleri dahil konaklama faaliyetleri, lokanta, kiraathane dahil yiyecek ve içecek hizmetleri, tekstil ve konfeksiyon imalatı ve ticareti ile halkla ilişkiler dahil etkinlik ve organizasyon hizmetleri sektörlerinde faaliyette bulunan mükelleflerin,

c) Ana faaliyet alanı itibarıyla İçişleri Bakanlığınca alınan tedbirler kapsamında geçici süreliğine faaliyetlerine ara verilmesine karar verilen işyerlerinin bulunduğu sektörlerde faaliyette bulunan mükelleflerin,

1.4.2020 ila 30.6.2020 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında mücbir sebep halinde olduğunun kabul edilmesi uygun bulunmuştur.

(2) Birinci fıkrada bahsi geçen ana faaliyet alanlarının tespit edilmesinde bu Tebliğin yayımı tarihi itibarıyla vergi dairesi kayıtlarındaki ana faaliyet kodu dikkate alınır.

(3) Mükellefin vergi dairesi kayıtlarındaki ana faaliyet kodu itibarıyla birinci fıkradaki sektörler arasında bulunmamasına rağmen ana faaliyet alanı olarak bu sektörlerden herhangi birisinde fiilen iştigal ettiğini ispat ve tevsik etmesi halinde, mükellefin mücbir sebep kapsamında olup olmadığının tespitinde ana faaliyet kodu yerine fiilen iştigal edilen ana faaliyet alanı dikkate alınır.”

Madde 4: “(1) 3 üncü madde kapsamında mücbir sebep halinde olduğu kabul edilen mükelleflerle ilgili olarak;

a) 27.4.2020 tarihine kadar verilmesi gereken Muhtasar Beyannameler (Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannameleri dâhil) ve Katma Değer Vergisi Beyannameleri ile 30.4.2020 tarihine kadar verilmesi gereken “Form Ba-Bs” bildirimlerinin verilme ve mezkûr tarihe kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Sistemine yüklenmesi gereken “Elektronik Defter Beratları”nın yüklenme sürelerinin 27.7.2020 Pazartesi, bu beyannamelere istinaden tahakkuk eden vergilerin ödeme sürelerinin 27.10.2020 Salı,

b) 27.5.2020 tarihine kadar verilmesi gereken Muhtasar Beyannameler (Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannameleri dâhil) ve Katma Değer Vergisi Beyannameleri ile 1.6.2020 tarihine kadar verilmesi gereken “Form Ba-Bs” bildirimlerinin verilme ve mezkûr tarihe kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Sistemine yüklenmesi gereken “Elektronik Defter Beratları”nın yüklenme sürelerinin 27.7.2020 Pazartesi, bu beyannamelere istinaden tahakkuk eden vergilerin ödeme sürelerinin 27.11.2020 Cuma,

c) 26.6.2020 tarihine kadar verilmesi gereken Muhtasar Beyannameler (Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannameleri dâhil) ve Katma Değer Vergisi Beyannameleri ile 30.6.2020 tarihine kadar verilmesi gereken “Form Ba-Bs” bildirimlerinin verilme ve mezkûr tarihe kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Sistemine yüklenmesi gereken “Elektronik Defter Beratları”nın yüklenme sürelerinin 27.7.2020 Pazartesi, bu beyannamelere istinaden tahakkuk eden vergilerin ödeme sürelerinin 28.12.2020 Pazartesi günü sonuna kadar uzatılması uygun bulunmuştur.”

Madde 5: “(1) İçişleri Bakanlığınca alınan tedbirler uyarınca 65 yaş ve üstünde olması veya kronik rahatsızlığı bulunması nedeniyle sokağa çıkma yasağı kapsamına giren mükellefler ve meslek mensupları ile bu Tebliğin yayımlandığı tarih itibarıyla geçerli olan “Aracılık ve Sorumluluk Sözleşmesi” uyarınca beyanname/bildirimleri bu meslek mensuplarınca verilenlerin 22.3.2020 ila sokağa çıkma yasağının sona ereceği tarih (bu tarihler dâhil) arasında mücbir sebep halinde olduğunun kabul edilmesi uygun bulunmuştur.”

- 26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 4. maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu’nun 75. maddesine “Yabancı para cinsinden yapılan katkı payı ödemelerinin yatırıldığı yabancı para cinsinden kurulan emeklilik yatırım fonlarından elde edilen irat tutarının tespitinde kur farkı dikkate alınmaz.” hükmü eklenmiştir.
- 26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 51. maddesi ile konaklama vergisinin yürürlük tarihi 1 Ocak 2021 olarak yeniden belirlenmiştir.
- 26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Geçici 1. maddesi ile yargı süreçlerinde değişiklikler yapılmıştır. Buna göre:

“GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla;

a) Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden,

b) 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflas daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30.4.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatılabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltılabilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayınlanır.

(2) Aşağıdaki süreler bu maddenin kapsamı dışındadır:

a) Suç ve ceza, kabahat ve idari yaptırım ile disiplin hapsi ve taziyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamanaşımı süreleri.

b) 5271 sayılı Kanunda düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin süreler.

c) 6100 sayılı Kanunda düzenlenen ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere ilişkin süreler.

(3) 2004 sayılı Kanun ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar kapsamında;

a) İcra ve iflas daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan satış gününün durma süresi içinde kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinden sonra yeni bir talep aranmaksızın icra ve iflas dairelerince satış günü verilir. Bu durumda satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılır ve ilan için ücret alınmaz,

b) Durma süresi içinde rızâen yapılan ödemeler kabul edilir ve taraflardan biri, diğer tarafın lehine olan işlemlerin yapılmasını talep edebilir,

c) Konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçları, durma süresince devam eder,

ç) İcra ve iflas hizmetlerinin aksamaması için gerekli olan diğer tedbirler alınır.

(4) Durma süresince duruşmaların ve müzakerelerin ertelenmesi de dâhil olmak üzere alınması gereken diğer tüm tedbirler ile buna ilişkin usul ve esasları;

a) Yargıtay ve Danıştay bakımından ilgili Başkanlar Kurulu,

b) İlk derece adli ve idari yargı mercileri ile bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri bakımından Hâkimler ve Savcılar Kurulu,

c) Adalet hizmetleri bakımından Adalet Bakanlığı, belirler.”

- 26 Mart 2020 tarihli 1 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Sirküleri ile ilgili mevzuat çerçevesinde belli sürelerde Hazine ve Maliye Bakanlığı/vergi dairelerine teslim edilmesi gereken yeminli mali müşavirlik tasdik raporlarının verilme süreleri, son günü 30.6.2020 tarihine kadar olanlar için geçerli olmak üzere iki ay süreyle uzatılmıştır. Buna göre, örneğin Artırımlı Teminat Uygulaması kapsamında 15.10.2019 tarihinde KDV iadesi alan mükellefçe, iadeye ilişkin 15.4.2020 tarihine kadar verilmesi gereken YMM raporu, 15.6.2020 tarihine kadar verilebilecektir. Benzer şekilde, 31.3.2020 tarihine kadar verilmesi gereken vergi muafiyeti tanınan vakıflara ilişkin tasdik raporu, 1.6.2020 tarihine kadar verilebilecektir. İlgili mevzuatı uyarınca son verilme tarihi 30.6.2020 tarihinden sonra olan raporlar için herhangi bir süre uzatımı söz konusu olmayıp, bu raporların ilgili mevzuatında öngörülen süre içerisinde verilmesi gerekmektedir.
- 30.3.2020 tarihinde Gelir İdaresi Başkanlığı internet sayfasında açıldığı üzere kredi kartı ile yapılacak vergi ödemeleri ve limitleri genişletilmiştir.
- 31 Mart 2020 tarihli 68 sayılı Katma Değer Vergisi Sirküleri ile tecil-terkin işlemlerinde sürelerin uzaması konusunda şu hususlar vurgulanmaktadır.

“Bilindiği üzere, 3065 sayılı Kanunun (11/1-c) maddesine göre, ihraç edilmek şartıyla imalatçılar tarafından kendilerine teslim edilen mallara ait katma değer vergisi, ihracatçılar tarafından ödenmemekte, mükelleflerce tahsil edilmeyen ancak ilgili dönem beyannamesinde beyan edilen bu vergi, vergi dairesince tarh ve tahakkuk ettirilerek tecil olunmaktadır. Söz konusu malların, ihracatçıya teslim tarihini takip eden aybaşından itibaren üç ay içinde ihraç edilmesi halinde, tecil edilen vergi terkin olunmaktadır. Diğer taraftan, ihracatın mücbir sebepler veya beklenmedik durumlar nedeniyle üç ay içinde gerçekleştirilememesi halinde, en geç üç aylık sürenin dolduğu tarihten itibaren 15 gün içinde başvuran ihracatçılara üç aya kadar ek süre

verilebilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da Hazine ve Maliye Bakanlığına istisnanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etme hususunda yetki verilmiştir. Buna göre, ihraç kayıtlı teslimin yapıldığı tarihi takip eden ayın başından itibaren başlayan üç aylık sürenin sonu 1.4.2020 ila 30.6.2020 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasına rastlayan mükellefler bakımından, ek süre için vergi dairesine başvuru yapılmaksızın bu sürenin mücbir sebep kapsamında üç ay daha uzatılmış kabul edilmesi uygun bulunmuştur. İhracat süresi, belirtilen süreden önce dolmakla birlikte, ihracatın gerçekleştirilmesi için ek süre talebine ilişkin 15 günlük başvuru süresi mezkûr döneme rastlayan mükellefler de aynı kapsamda değerlendirilecektir. Daha önce mücbir sebep veya beklenmedik durum halleri nedeniyle üç aydan kısa ek süre almış mükellefler için, alınmış olan ek sürenin dolduğu tarihin 1.4.2020 ila 30.6.2020 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasına rastlaması halinde, söz konusu ek sürenin de ilave bir başvuruya gerek olmaksızın üç aya tamamlanması uygun bulunmuştur. Örneğin, imalatçı (A) firması tarafından Ocak 2020 döneminde ihraç kaydıyla ihracatçı (B) firmasına teslim edilen malların ihracatı, 30.4.2020 tarihine kadar gerçekleştirilememiştir. İhracatçı (B) firması, ek süre talebi için vergi dairesine başvuru yapmaksızın, 31.7.2020 tarihine kadar ihracat işlemini gerçekleştirilmesi halinde, tecil edilen vergi terkin olunacaktır. Benzer şekilde, daha önce beklenmedik durum hali nedeniyle bir aylık ek süre almış olan ihracatçı (C) firmasının 30.4.2020 tarihinde dolan ihracat süresi, mükellefin ilave bir başvuru yapmasına gerek olmaksızın, mücbir sebep kapsamında 30.6.2020 tarihine uzayacaktır.”

- 17 Nisan 2020 tarihli RG’de yayınlanan 7244 sayılı “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile çeşitli yeni önlemler getirilmiştir. Kanun kapsamında bazı alacakların ertelenmesi, alınmaması veya yapılandırılması kapsamında üçer aylık süre uzatımları ve çeşitli destekler getirilmiştir.
- 18 Nisan 2020 tarihli RG’de yayınlanan Cumhurbaşkanı Kararı ile bazı demir çelik ürünlerine uygulanan gümrük vergisi oranları 3 ay geçerli olmak üzere artırılmıştı. Bu durum katma değer Türkiye’de kalması ve yurt içi istihdamın korunması konusunda hassasiyet içinde olduğunu göstermesi açısından önemli olarak değerlendirildi. Kararla, slab ve kütük, yassı hadde mamulleri, alaşımlı ürünler, profiller ve paslanmaz sac gibi demir çelik ürünlerinde uygulanan gümrük vergilerinin oranları, 15 Temmuz 2020’ye kadar

uygulanmak üzere 5 puan artırıldı. Sıcak haddelenmiş sacdan soğuk haddelenmiş sac ve sıcak haddelenmiş sacdan dikişli boru üreten tesisler ile beyaz eşya üreticilerinin doğrudan ithalatında bu artış 2 puan olarak uygulanacak. Kararla Türkiye'deki demir çelik sanayiinde üretim ve istihdamın korunması amaçlanıyor.

- "Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair" Cumhurbaşkanı Kararı, 30 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdi. Koronavirüs tedbirleri kapsamında yargılamalarla ilgili süreler, 15 Haziran 2020'ye kadar ertelendi. Karar, dava açma, başvuru, şikâyet, itiraz ve ihtar gibi süreler, hak düşürücü süreler ve bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreleri kapsıyor. HSK da duruşmaların aynı tarihe kadar ertelendiğini duyurdu.
- 8 Mayıs 2020 tarihli 32 seri numaralı "Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ile 518 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile ilan edilen mücbir sebep döneminde KDV iade uygulaması düzenlenmiştir. Buna göre: "Bilindiği üzere, 24.3.2020 tarihli ve 31078 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile Çin Halk Cumhuriyetinin Vuhan kentinde ortaya çıkan ve birçok ülkeye yayılan Koronavirüs (COVID-19) salgınından ve bu kapsamda alınan tedbirlerden doğrudan etkilenen ve mezkûr Tebliğ ile belirlenen mükelleflerin mücbir sebep halinde olduğunun kabul edilmesi uygun bulunmuş ve mücbir sebep kapsamında bulunan mükelleflerin ilgili dönemlere ilişkin KDV beyannamelerinin verilme süresi ileri tarihe uzatılmıştır. Diğer taraftan, mücbir sebep kapsamında olsun veya olmasın, mükelleflerin KDV iade talebinde bulunabilmeleri için, söz konusu vergiye ilişkin beyannamelerin verilmesi ve bu beyannamelerde iadesi talep edilen KDV tutarının gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan, mücbir sebep döneminde de mükellefler ancak KDV beyannamesi vermek ve gerekli belgeleri vergi dairesine ibraz etmek suretiyle KDV iade talebinde bulunabilir. Öte yandan, mücbir sebep döneminde KDV iade taleplerinin yerine getirilmesinde, bu Tebliğin muhtelif bölümlerinde iade türleri itibarıyla belirlenen usul ve esaslar korunmakla birlikte, 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin 4 üncü maddesinde yer alan KDV beyannamelerinin (uzayan) verilme tarihini takip eden aybaşına

kadar yapılacak iade taleplerine (ATU ve ön kontrol raporuna dayalı iadeler hariç) istinaden KDVİRA sistemi tarafından yapılan sorgulama neticesinde üretilecek “KDV İadesi Kontrol Raporu”nda yer alan sonuçlar bakımından aşağıda (tebliğ metninde) belirtilen usul ve esaslar doğrultusunda işlem tesis edilmesi uygun görülmüştür...”

- 11 Mayıs 2020 tarihli mükerrer Resmi Gazete’de yayınlanan 2514 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yürürlüğe konulan “İthalat Rejimi Kararına Ek Karar” ile bazı ürünlere 30 Eylül 2020 tarihine kadar geçici % 30'a kadar, bu tarihten sonra ise % 25'e kadar değişen oranlarda ilave gümrük vergisi uygulanması kararlaştırılmıştır. Dünya genelinde yaşanan Covid-19 hastalığı tüm ülkelerin ekonomilerini ve dış ticaretlerini olumsuz şekilde etkilemektedir ifadesiyle belirtilen bu karar kapsamında 21 Nisan 2020 tarihinde belirtilenlerin yanında 400 ürüne daha ilave gümrük vergisi getirildi.

Mart-Nisan-Mayıs 2020 Değerlendirmeler

Öncelikle alınan tedbirlerin içinde bulunulan şartlar çerçevesinde bir kısmının olumlu olduğu bir kısmının ise olumsuz olduğu görülmektedir. Yargı, beyanname ve ödeme sürelerinin uzatılması, icra takiplerinin durması, bazı ödeme tedbirlerinin alınarak ödeme imkânlarının genişletilmesi olumlu gelişmelerdir. Bununla birlikte sokağa çıkma yasağı tedbirleri sonrasında özellikle kamu bankalarında hesabı olmayanlar sorun yaşadılar. Kamu bankalarında hesabı olanlar da ATM yönlendirmesi yaparak ödeme sorunu iyice büyüttüler. İnterneti ve kredi kartı olmayanlar da dikkate alındığında bu sürecin etkileri olumsuz görünmektedir. Keza havayolu ile yolcu taşımacılığında KDV oranının %1'e düşürülmesi olumlu gibi görünmekle beraber seyahat yasağı sebebiyle anlamsız kalmıştır.

Bir başka sorun mücbir sebep konusundadır. Vergi Usul Kanunu'nun 13. maddesine göre mücbir sebepler şu şekilde düzenlenmiştir:

- “1. Vergi ödevlerinden her hangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk;
2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler;
3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler;
4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması; gibi hallerdir.”

Burada gerek gibi afetler ibaresi gerekse madde metni sonunda yer alan gibi hallerdir ibaresi bu sayılanlar dışındaki hallerin de olabileceğini belirtmektedir. Zaten bu nedenle madde uygulaması bakımından benzer

durumlar dikkate alınabilmekte örneğin sadece maddede geçen doğal afetler değil beşeri afetler de dikkate alınabilmektedir. Bu nedenle dünya çapında bir salgın yaşanması ve ülkemizde de bunun bütün etkilerinin hissedilmesi sebebiyle bu durumun açık bir mücbir sebep hali teşkil ettiği görülmektedir. Mücbir sebebin en önemli etkisi süreler olmaktadır. Bu dönemde vergi ödevine ilişkin süreler işlememekte, mücbir sebebin ortadan kalkmasıyla süreler işlemeye başlamaktadır.

Bu kapsamda, mükellefler, salgın döneminde vergi ödevlerinin yerine getirebilecek durumda olmayabilmektedirler. Örneğin, bazı mükellefler yaşları gereği sokağa çıkamamaktadırlar, bazı müesseseler kapalıdır. Defter, kayıt ve belge düzeni bağlantılı sorunları vardır. Muhasebeci ve mali müşavirleri de aynı şekilde bu belgelere ulaşımında sorun yaşayabilmektedir. Örneğin kendileri de yaş sınırı sebebiyle dışarı çıkamayabilirler. Birçok vergi ödevi salgın tedbirleri nedeniyle yerine getirilmemektedir. Bununla birlikte birçok vergi bağlantılı mevzuat bakımından bu alanın yeterli bir şekilde düzenlendiği söylenemez. Bu durum ileride çok sayıda dava sürecine neden olacaktır. Bütün bu durumun yarattığı karmaşayı önlemek İdare'nin görevidir. Bununla birlikte bu konuda yeterli adımlar maalesef atılmamıştır.

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayınlanan 24 Mart 2020 tarihli 518 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile bazı meslekler ve faaliyet alanları mücbir sebep kapsamında kabul edilmiştir. Bu durum en azından bu durumun mücbir sebep olarak kabul edilmesi bakımından önemlidir. Fakat mükellefler bakımından farklılıklar yaratılması doğru bir yaklaşım olmamıştır.

Bu düzenleme ve sonrasında 26 Mart 2020 tarihli 7226 sayılı Kanun kapsamında bazı mükelleflerin mücbir sebep kapsamına alınması bazılarının alınmaması sebebiyle çok sayıda dava açılacağı anlaşılmaktadır. Zira mücbir sebebin var olduğunun kabul edildiği bir süreçte bu durumdan etkilenen mükellefler de bu yola başvuracaklardır. Yargı sürecinde bu mükellefler bakımından mücbir sebep halinin bulunduğu sonucuna varılması da kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle mücbir sebebin bundan etkilenen bütün mükellefler bakımından uygulanması konusunda gerekli önlemlerin İdare tarafından bir an önce alınması gerekmektedir. Bu durum olası yoğun bir dava yükünü ve sonuçlarını bütün taraflar bakımından engelleyecektir. Zaten çağdaş bir vergi idaresinin de yapması gereken budur.

Bunların yanında koronavirüs döneminde yapılması gereken düzenlemeler konusunda şunlar söylenebilir:

- Bu tür olağanüstü dönemlerde vergi artışı yapmak eğilimi olmasına rağmen mükelleflerin de içinde buldukları şartlar dikkate alınarak diğer ülkelerde olduğu gibi vergi oranlarında bazı indirimler yapılabilir. Bu yaklaşım ekonomik temellerin daha sağlam devam etmesini sağlayacaktır. Bu indirimlerin ne oranda olacağı mali verilere bağlı ve siyasi karar olmakla birlikte gelir, kurumlar, katma değer vergisi alanlarında olabilir. Geçici vergi uygulamasının 2020’de yapılmaması mükellefleri rahatlatılabilir.
- Özellikle sağlık alanında önlemler alınabilir. Sağlık hizmetlerinden KDV alınmaması ve/veya ilaç, makine ve teçhizat alanında indirim olabilir. Bir başka imkân da ödemelerin belirli sürelerle ertelenmesidir.
- Avrupa örneklerinde olduğu gibi belirli ciroların altındaki işletmeler ve serbest meslek erbabının vergileri ertelenebilir. Bu süreler değişken olmakla birlikte en azından yaz dönemi sonuna kadar olabilir. Ya da 2020 sonuna ertelenebilir. Benzer husus sigorta primleri için de düşünülebilir.
- Turizm payı konusunda da bazı önlemler alınabilir. Görülen bu önemli sektörün de önümüzdeki dönemlerde ciddi biçimde etkileneceğidir.

30.11.2020: OECD, vergi suçu soruşturmaları için bir olgunluk modeli çalışması yayınlamıştır¹. Temel amaç vergi suçlarının önlenmesi için ulusal ve uluslararası düzeyde alınması gereken önlemler ve tamamlanması gereken aşamaları içermektedir.

18.12.2020: OECD pandemi döneminde daha da önemli bir hale gelen Transfer Fiyatlandırması ile ilgili bir çalışma yayınlamıştır². Covid-19’un firmalara etkilerini ele alındığı bu çalışma ne gibi çalışmalar yapıldığını çeşitli örneklerle anlatmaktadır.

2021 SENESİ DEĞİŞİKLİKLERİ

Nisan-2021: IMF ve OECD, en önemli konulardan olan enerji alanında ve özellikle gündemdeki yerini hiç kaybetmeyen karbon vergisi, emisyonu ve ticareti ile ilgili çalışmaların yer aldığı bir rapor yayınlamıştır³.

¹ OECD, *Tax Crime Investigation Maturity Model*, Paris-2020.

² OECD, *Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 2020.

³ IMF-OECD, *Tax Policy and Climate Change*, IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, April 2021, Italy.

19.5.2021: OECD tarafından Covid-19 döneminde vergi alanındaki gelişmelerin yer aldığı, önemli bilgi ve gelişmelerin yer aldığı bir rapor hazırlamıştır⁴.

18.5.2021: Avrupa Birliği, “21. Yüzyılda İşletme Vergilendirmesi-Communication on Business Taxation for the 21st Century” başlıklı raporu yayınladı⁵. Covid-19 dönemi sonrası üye ülkeler bakımından ekonomik düzelmenin ne şekilde sağlanabileceği, yeni yatırım engellerinin kaldırılması, adil ve sürdürülebilir büyüme konusu temelinde vergi prensipleri, vergi oranları ve ortak beyanname önerileri ile birlikte 2023 hedef olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede şirketlerdeki zararlar, şirket mali dengeleri ve vergi anlaşmalarından yararlanma koşullarının sınırlandırılması değerlendirilmekte, yeni bir yol haritası belirlenmektedir.

Pandeminin sebep olduğu adaletsizlikler ve ekonomik krizler vergi politikalarının da gözden geçirilmesi zaruretini getirmiştir. Dijitalleşme ve mevcut vergi problemleri ile birlikte bu alanda bir değişim kaçınılmaz gözükmektedir. Globalleşme ve dijitalleşme özellikle ikametgâh ve kaynak prensiplerinde sorunlar yaratmış, ekonomik gelişmeler ve günümüz işletmeciliği bakımından bu kavramların yetersiz olmasına yol açmıştır. Buna 27 üye ülkenin kendi sistem farklılıkları, problemleri ve farklı bakış açıları da eklenince sorun daha da karmaşık bir hale gelmektedir.

Bu sonuç iş dünyasının risklerinin artmasına, yatırım ve büyüme sorunlarına ve rekabet eşitsizliklerine yol açmaktadır. Buna uyum maliyetleri ve çifte vergilendirme sorunları da eklenebilir. Bu durum ve vergi sistemi farklılıkları bazı şirketlere saldırgan vergi planlaması politikaları vasıtasıyla çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Bu çerçevede kimin ne kadar vergi ödediğini bilmek de her zaman mümkün olamamakta, güven unsuru zedelenmektedir.

Yapılacak çalışmalarla, bu sorunların, özellikle Avrupa Birliği bünyesinde, çözümlenmesi hedeflenmektedir. Uzun vadede Avrupa Birliği içinde işletme vergiciliği için yeni bir çerçeve çizilerek çeşitli idari ve vergi engellerinin kaldırılması ve uygun bir faaliyet ortamı yaratılması hedeflenmektedir. Kısa vadede ise bazı öncelikler belirlenmiştir. Bunlar, özellikle küçük ve orta boy işletmelerinin durumlarının düzeltilmesi, borç-özsermaye dengelerini sağlayacak önlemlerin alınması, vergi ödemeleri

⁴ OECD, *Tax Co-operation for Development: Progress report in the COVID-19 era*, OECD, Paris-2021.

⁵ European Commission, Brussels, 18.5.2021 COM (2021) 251 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Business Taxation for the 21st Century.

bakımından kamu şeffaflığının sağlanması, paravan şirketlerin kötü amaçlı kullanımlarına karşı vergiden kaçınmayı önleyici önlemlerin alınması gibi temel başlıklarda toplanabilir. Bütün bu çalışmalar bakımından şimdilik belirlenen tarih hedefi 2023 olarak düşünülmüştür.

17.6.2021: OECD tarafından “Vergi Suçlarıyla Mücadele Raporu”nun ikinci baskısı yayınlanmıştır⁶. İlk olarak 8.11.2017 senesinde yayınlanan vergi suçları bakımından etkili bir sistem oluşturulması için alınması gereken önlemlerin belirtildiği bu Rapor’un 2021 versiyonu yeni mücadele alanları ve ilkeleri kapsamakta ve OECD’nin Oslo Diyaloğunun temel bir parçası olarak yer almaktadır. Bu suçlarla mücadelede çerçevesinde ilgili belgeler, vergi suçları bilgileri ve 2017 belgesi sonrasında 33 ülkedeki ilerlemelerin neler olduğu 2021 tarihli Rapor’da yer almaktadır.

2021 tarihli Vergi Suçlarıyla Mücadele Raporu’nda yer alan ilkeler şu şekilde belirlenmiştir:

1. En başta vergi ihlallerinin vergi suçu kapsamında sayılmasının sağlanması gelmektedir. Bu sayede söz konusu ihlallerin hem mevzuat hem de mükellefler nezdinde soruşturulması ve etkili yaptırımlara maruz kılınması mümkün olabilecektir, yargı daha rahat hareket edebilecektir.

2. Vergi suçları konusunda etkili bir strateji sağlanmalı, bunlar düzenli olarak gözden geçirilmeli ve uygulanmalıdır.

3. Vergi suçlarıyla mücadelede etkin olabilmek için gerekli yetkilere de sahip olunması gerekmektedir. Bu yetki, gerekli detaylı soruşturmaların yapılabilmesini, finansal varlıkların kaynaklarının ve hareketlerinin izlenmesini de sağlayabilmelidir.

4. Malvarlıklarına hızlı bir şekilde el koymak, dondurmak ve müsadere etmek konusunda etkili yargı süreçleri ve yetkiler oluşturulmalıdır.

5. Bu mücadele için bir organizasyon oluşturulması gerekir. Bu organizasyonda yetkiler, sorumluluklar, stratejiler ve kaynaklar şeffaflık ve hesap verilebilirlik temelinde açıkça belirlenmelidir.

6. Mali kaynaklara sahip olmak. Etkili bir vergi suçu soruşturması ve takibi için yeterli kaynak ayrılmalıdır.

7. Vergi suçları kara para aklanması bakımından öncü suç olarak kabul edilmelidir. Bu tür bir sonuca yol açacak durumlarda mali kurum ve kuruluşlar ile bu alanda çalışan uzmanlar yaptıkları işlemlerle ilgili olarak şüpheli işlem raporları ile bu durumu yetkililere haber vermelidir.

8. Yerel kurumlar arası işbirliği önemli ve faydalıdır.

⁶ OECD, *Fighting Tax Crime – The Ten Global Principles, Second Edition*, Paris-2021.

9. Uluslararası işbirliği mutlaka sağlanmalıdır. Vergi alanında yurtdışı bağlantıları sıkça kullanıldığı için delil ve belge sağlanması, bilgi paylaşılması, ilgili kişi ifadeleri, tanık beyanları, ortak soruşturmalar, haciz işlemleri, malvarlıklarının dondurulması gibi konularda hukuka uygun anlaşmalar yoluyla ortak hareket edilmelidir. Vergi anlaşmaları, bilgi değişim ve idari yardımlaşma ve işbirliği anlaşmaları, çok taraflı sözleşmeler bu sonuçları sağlayabilecektir.

10. Vergi suçlarında şüpheli olanların haklarının korunması. Bu durum bir hukuk devletinde olması gereken durumu izah etmekte, vergi soruşturması ile uğraşan kurum ve kişilerin şüpheli konumundaki kişi veya kişilerin temel haklarını koruması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuki delillere dayalı işlemlerin olması gerekmektedir.

19.6.2021: “İcra İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Resmi Gazete’de yayımlandı. Bu Kanun kapsamında vergi mevzuatında çeşitli değişiklikler yapıldı.

Harçlar Kanunu’na bağlı (4) sayılı tarife çerçevesinde tapu işlemleri başlıklı bölümünün 13 numaralı fıkrasının (a) bendine göre tahsil edilmesi gereken cins tashihi harcı, ilgili belediyesince yapı kullanma izni harcı ile birlikte makbuz karşılığı peşin olarak tahsil edilecektir. Daha önceden bu tahsilat vergi dairelerince yapılmaktaydı. Tahsil edilen harçların ilgili vergi dairesine süresinde ödenmemesi durumunda, harç ilgili belediyeden 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilecek olup işlem yapan belediye personeli ve ilgili belediyeleri harcın ödenmesinden mükelleflerle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

Emlâk Vergisi Kanunu’nda yapılan değişiklikle tapu müdürlüklerine, bina ve arazinin devir ve ferağında tapu ve kadastro harcının matrahında dikkate alınan emlak vergi değerinin ve emlak vergisi borcunu elektronik ortamda sorgulama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda, miras, mahkeme kararı, cebri icra, kamulaştırma hâlleri ile özel kanunlarda öngörülen diğer hâller hariç emlak vergisi borcu bulunan bina ve arazinin devir ve ferağı yapılamayacaktır. Tapu müdürlüklerine devir ve ferağ işlemini, işlemin yapıldığı ayı takip eden ayın 15’inci günü akşamına kadar ilgili belediyelere elektronik ortamda bildireceklerdir.

Belediye Gelirleri Kanunu’nda yapılan değişiklik neticesinde, bina inşaatlarında, inşaat ruhsatı başvurusunun imarla ilgili harçlara ve imarla ilgili ücretler kapsamındaki işlemler, İSKİ Kanunu kapsamında alınması gereken bağlantı ve iştirak bedeli ile su ve kanalizasyon durum belgesini kapsayacak şekilde tek başvuruda yapılması hâlinde; tahsil edilmesi gereken harçların ve ücretlerin, su ve kanalizasyon durum belgesi ücreti ile bağlantı

ve iştirak bedeli tek seferde tahsil edilecektir. Belediyece tahsil edilen su ve kanalizasyon durum belgesi ücreti ile bağlantı ve iştirak bedeli, tahsil edildiği günün akşamına kadar mahsuba konu edilmeden ilgili su ve kanalizasyon idaresi hesabına aktarılacaktır. Tahsil ettiği ücreti ve bedeli yukarıda belirtilen süre içinde ilgili idareye aktarmayan belediyelerden, bu tutarlar 6183 sayılı Kanun'un gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanarak tahsil edilecektir.

Başvuranın talebinden vazgeçmesi veya idarenin herhangi bir sebeple işlemleri kısmen veya tamamen yerine getirmemesi nedeniyle uygulama kabiliyeti kalmamış olan işlemlerin her birisi için tahsil edilmiş olan harçlar, ücretler veya bedeller, işlemin mevcut durumuna göre ilgili idare tarafından düzeltme ve iadeye konu olacaktır.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca belirlenir.

Ağustos-2021: Sel ve yangın afetlerinin yaşandığı ve ciddi zararların olduğu bu dönemde zaruri olarak vergi önlemleri de getirildi. Bu tür afetlerle ilgili olarak vergi mevzuatımızda yer alan mücbir sebep kavramı ön plana çıkmaktadır. Mücbir sebep kavramı Vergi Usul Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiş olup, vergi ödevlerinin herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler mücbir sebep hali olarak tanımlanmıştır.

Bu durumun vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olduğu kabul edildiğinden mükelleflere süreler yönünden bazı kolaylıklar sağlanmaktadır. 15. Madde düzenlemesine göre, 13. maddede yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar süreler işlemez. Bu takdirde tarh zamanaşımı işlemeyen süreler kadar uzar. Bu hükmün uygulanması için mücbir sebebin malum olması veya ilgililer tarafından ispat veya tevsik edilmesi lazımdır.

Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun 82(7). Maddesi uyarınca, öğrenme tarihinden itibaren on beş gün içinde ticari işletmenin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi'nden bir zayi belgesi istenebilecek ve alınacak belge ilgili idari birimlere ibraz edilebilecektir. Bu durum kanun metnindeki tevsik yükümlülüğüne engel değildir.

Bu çerçevede, takdir komisyonlarına yapılacak başvurularla, Vergi Usul Kanunu madde 278 uyarınca afetler sebebiyle iktisadi kıymetlerinde önemli bir azalış gerçekleşen malların emsal bedeli ile değerlendirilmesi ve bu değer ile malın kayıtlı değeri arasındaki farkın gider yazılması mümkün olabilmektedir. Bunun yanında, afet hallerinde Vergi Usul Kanunu madde 317 kapsamında fevkalade amortisman uygulamasından da yararlanılabilir.

1.10.2021: Yeni dönem TBMM açılışıyla birlikte sunulan “Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” ile vergi mevzuatında bazı değişiklikler getirilmektedir. Söz konusu teklif 14.10.2021 tarihinde 7338 kanun numarasıyla kanunlaşmıştır⁷. Burada temel olarak şu düzenlemeler yer almıştır:

1. Gelir Vergisi Kanunu’na mükerrer 20/A, mükerrer 20/B ve mükerrer 20/C maddeleri eklenmiştir. Bu kapsamda bağlantılı çeşitli maddelerde değişiklikler yapılmıştır.

“Basit usulde tespit olunan kazançlarda gelir vergisi istisnası:

MÜKERRER MADDE 20/A- Bu Kanuna göre kazançları basit usulde tespit olunan mükelleflerin 46ncı maddeye göre tespit edilen kazançları gelir vergisinden müstesnadır.”

“Sosyal içerik üreticiliği ile mobil cihazlar için uygulama geliştiriciliğinde kazanç istisnası:

MÜKERRERMADDE 20/B- İnternet ortamındaki sosyal ağ sağlayıcıları üzerinden metin, görüntü, ses, video gibi içerikler paylaşan sosyal içerik üreticilerinin bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar ile akıllı telefon veya tablet gibi mobil cihazlar için uygulama geliştirenlerin elektronik uygulama paylaşım ve satış platformları üzerinden elde ettikleri kazançlar gelir vergisinden müstesnadır.

Bu istisnadan faydalanılabilmesi için Türkiye’de kurulu bankalarda bir hesap açılması ve bu faaliyetlere ilişkin tüm hasılatın münhasıran bu hesap aracılığıyla tahsil edilmesi şarttır.

Bankalar, bu kapsamda açılan hesaplara aktarılan hasılat tutarı üzerinden, aktarım tarihi itibarıyla %15 oranında gelir vergisi tevkifatı yapmak ve Kanunun 98 ve 119uncu maddelerindeki esaslar çerçevesinde beyan edip ödemekle yükümlüdür. Bu tutar üzerinden 94üncü madde kapsamında ayrıca tevkifat yapılmaz.

Mükelleflerin birinci fıkra kapsamı dışında başka faaliyetlerinden kaynaklanan kazanç ya da iratlarının bulunması istisnadan faydalanmalarına engel değildir.

Birinci fıkra kapsamındaki kazançları toplamı 103üncü maddede yazılı tarifinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşanlar ile faaliyete ilişkin tüm gelirlerini ikinci fıkrada belirtilen şartlara göre tahsil etmeyenler bu istisnadan faydalanamazlar. Bu durumda olanların, 94üncü maddenin birinci fıkrası kapsamında tevkifat yapma yükümlülüğü yoktur.

⁷ 7338 sayılı Kanun bu tebliğin sunulmasının hemen sonrasında 26.10.2021 tarih ve 31640 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

İstisnaya ilişkin şartların taşınmadığının tespit edilmesi halinde eksik tahakkuk etmiş olan vergi, vergi ziyayı cezası kesilmek suretiyle gecikme faiziyle birlikte tahsil olunur.

Cumhurbaşkanı, bu maddede yer alan tevkifat oranını her bir faaliyet türü için ayrı ayrı sifıra kadar indirmeye, bir katına kadar artırmak suretiyle yeniden tespit etmeye; Hazine ve Maliye Bakanlığı, maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

“Tarımsal destekleme ödemelerinde kazanç istisnası:

MÜKERRERMADDE 20/C- Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan tarımsal destekleme ödemeleri gelir vergisinden müstesnadır.”

2. Gelir Vergisi Kanunu'nun 117. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiştir.

“Yıllık beyanname ile bildirilen gelir üzerinden tahakkuk ettirilen gelir vergisi, Mart ve Temmuz aylarında olmak üzere iki eşit taksitte ödenir.”

3. Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 120. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış, üçüncü fıkrasında yer alan “altı” ibaresi “üç” ve beşinci fıkrasında yer alan “altışar” ibaresi “üçer” şeklinde değiştirilmiştir.

“Ticari kazanç sahipleri ile serbest meslek erbabı cari vergilendirme döneminin gelir vergisine mahsup edilmek üzere, bu Kanunun ticari veya mesleki kazancın tespitine ilişkin hükümleri uyarınca ilgili hesap döneminin ilk dokuz ayı için belirlenen üçer aylık dönem kazançları üzerinden 103 üncü maddede yer alan tarifinin ilk gelir dilimine uygulanan oranda geçici vergi öderler. Şu kadarki; 42nci madde kapsamına giren kazançlar ile noterlik görevini ifa ile mükellef olanların bu işlerden sağladıkları kazançlar geçici vergi matrahına dâhil edilmez. Geçici vergi matrahının hesaplanmasında Vergi Usul Kanununun değerlemeye ait hükümleri ile bu Kanunda düzenlenen indirim ve istisnalar dikkate alınır. Dönem sonundaki mal mevcutları, istenirse sadece kayıtlar üzerinden de tespit edilerek, geçici vergi matrahının hesabında dikkate alınabilir.”

4. Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 121. maddesinin ikinci fıkrasının (2) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

“2. (1) numaralı bentte belirtilen süre içerisinde kesinleşmiş olması koşuluyla vergi beyannamelerindeki vergi türleri itibarıyla ikmalen, re'sen veya idarece yapılmış bir tarhiyat bulunmaması (Kesinleşen tarhiyatların, indirimin hesaplanacağı beyannamenin ait olduğu yıl için geçerli olan, birinci fıkradaki indirim tutar sınırının %1'ini aşmaması durumunda bu şart ihlal edilmiş sayılmaz.),”

5. Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 91. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 92-Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan tarımsal destek ödemeleri üzerinden tevkif edilerek tahsil edilen gelir vergisi, çiftçilerin düzeltme zamanaşımı süresi içerisinde tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca, tahsil tarihinden itibaren aynı Kanunun 112nci maddesinin (4) numaralı fıkrası hükmüne göre hesaplanacak faizi ile birlikte red ve iade edilir.

Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere vazgeçilen davalarla ilgili olarak daha önce verilmiş ve kanun yolu tüketilmemiş kararlar uyarınca, taraflara tebliğ edilip edilmediğine bakılmaksızın işlem yapılmaz, idarece de açılmış davalar sürdürülmez, faiz, yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmez, hükmedilmişse ödenmez. Hakkında kesinleşmiş yargı kararı bulunanların iade talepleriyle ilgili olarak bu madde hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

6. Vergi Usul Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hazine ve Maliye Bakanlığı, gerekli gördüğü hallerde; mükelleflerin iş yeri ve adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresleri ile il ve ilçelerin idari sınırlarına bağlı kalmaksızın elektronik ortamda kurulanlar dahil olmak üzere vergi daireleri ve bölge bilgi işlem merkezleri kurmaya, vergi dairelerine bağlı şubeler açmaya, vergi dairelerini diğer vergi dairelerinin şubesi olarak belirlemeye, şubelerin yetki, görev ve sorumluluklarını tespit etmeye, vergi dairelerinin yetki alanı ile vergi türleri, meslek ve iş grupları itibarıyla mükelleflerin bağlı olacakları vergi dairesini belirlemeye, bağlı olunan vergi dairesi tarafından yapılan işlemlerin diğer vergi daireleri tarafından yapılabilmesine ve vergi dairesince yapılan işlemlerin elektronik ortamda yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

7. Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesine beşinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Gelir İdaresi Başkanlığının görev alanına ilişkin işlerde hizmet alımı yoluyla çalıştırılanlar ile hizmet alımı yapılanların ortak ve yöneticileri öğrendikleri sırlar ve gizli kalması gereken diğer hususlar açısından bu maddede yazılı yasaklara, bu görevlerinden ayrılışları dahi, uymak zorundadır.”

8. Vergi Usul Kanunu'nun 97. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına sırasıyla aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Bu hâlde bildirim Türkiye elçiliği veya konsolosluğu veya bunların görevlendireceği bir memur yapar. Tebliğin konusu ile hangi merci tarafından çıkarıldığı bilgilerinin yer aldığı ve otuz gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ihtarını içeren bildirim, muhataba o ülkenin mevzuatının izin verdiği yöntemle gönderilir. Bildirimin o ülkenin mevzuatına göre muhataba tebliğ edildiği belgelendirildiğinde, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye elçiliği veya konsolosluğuna başvurulmadığı takdirde tebligat otuzuncu günün bitiminde yapılmış sayılır. Muhatap, Türkiye elçiliği veya konsolosluğuna başvurduğu takdirde tebliğ evrakını almaktan kaçınırsa bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebliğ yapılmış sayılır. Evrak bekletilmeksizin merciine iade edilir.”

“Şu kadar ki, vergi dairelerinin yabancı memleketlerde bulunan kimselere tebliğ olunacak evrakları, vergi dairesi başkanlıkları; vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde ise defterdarlıklar tarafından doğrudan Türkiye elçilik veya konsolosluğuna gönderilir.”

9. Vergi Usul Kanunu'nun 104. maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“4. İlan yolu ile yapılan tebliğin konusu her biri için ayrı ayrı olmak üzere 3.600 Türk lirasından fazla vergi veya vergi cezasına taalluk ettiği takdirde ilan ayrıca Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı vergi daireleri açısından Gelir İdaresi Başkanlığının, diğerleri için ilgili idarenin resmi internet sitesinde de duyurulabilir.”

“Hazine ve Maliye Bakanlığı, birinci fıkranın (4) numaralı bendinde yer alan tutarı on katına kadar artırmaya, sifıra kadar indirmeye, duyurunun kapsamı, şekli, zamanı ve süresi ile maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

10. Vergi Usul Kanunu'nun 120. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Gelir İdaresi Başkanlığı, vergi ve mükellefiyet türü ile düzeltmeye konu tutarı ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak düzeltme yetkisinin devredilmesi ile düzeltmenin bağlı olunan vergi dairesi dışındaki vergi daireleri tarafından yapılmasına izin vermeye ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

11. Vergi Usul Kanunu'nun 139. Ve 140. Maddelerinde inceleme ile ilgili değişiklikler yapılmıştır.

Bu çerçevede 139. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “incelemeye tabi olanın iş yerinde” ibaresi “dairede” şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış, üçüncü fıkrasında yer alan “Bu takdirde incelemeye” ibaresi “İncelemeye” şeklinde, dördüncü fıkrasında yer alan “İncelemenin dairede yapılması halinde istenilen” ibaresi “İstenilen” şeklinde, “daireye getirmesi” ibaresi “ibraz etmesi” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“İncelemenin dairede yapılması, incelemeye tabi olanın iş yerinde tespit yapılmasına ve çalışmalarda bulunulmasına mani değildir.

Mükellef ve vergi sorumlusunun talep etmesi ve iş yerinin müsait olması halinde inceleme iş yerinde de yapılabilir.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”

140. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, (2) numaralı bendi yürürlükten kaldırılmış,(3) numaralı bendinde yer alan “Nezdinde” ibaresi “İncelemenin iş yerinde yapılması halinde nezdinde” şeklinde değiştirilmiş ve altıncı fıkrasına “çerçevesinde,” ibaresinden sonra gelmek üzere “vergi incelemesine ilişkin işlemlerin elektronik ortamda yürütülmesi, yazı, bildirim ve tutanakların elektronik ortamda düzenlenmesi ile” ibaresi eklenmiştir.

“1. İncelemeye tabi olana, vergi incelemesinin konusunu ve incelemeye başlanıldığı hususunu bir yazıyla bildirirler. Ayrıca, yazının bir örneğini bağlı olduğu birime ve ilgili vergi dairesine gönderirler.”

12. Vergi Usul Kanunu'nun 170. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan bildirim:

MADDE170/A- Hazine ve Maliye Bakanlığı, bu Kanuna göre mükelleflerin bildirmeye mecbur olduğu bilgilerin, kamu kurum ve kuruluşları tarafından Bakanlığa yazılı veya elektronik olarak bildirilmesi durumunda, bu bildirim mükellefler tarafından yapılmış bildirim olarak kabul etmeye, bu şekilde kabul edilecek bildirimleri faaliyet konusu, gelir unsuru ile mükellefiyet, vergi, iş yeri ve şirket türlerini ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak tespit etmeye ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

12. Vergi Usul Kanunu'nda tasdik konusunda bazı değişiklikler yapılmıştır.

İlk olarak 226. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde Kanun metnine eklenmiştir.

“Elektronik olarak tutulan defterlerde tasdik:

MADDE226/A- Türk Ticaret Kanununun 64 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan yetki kapsamında Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Ticaret Bakanlığınca müştereken belirlenen usul, esas ve süreler dahilinde elektronik ortamda tutulan defterler için berat alınması, elektronik ortamda tutulan diğer defterlerin ise Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen usul, esas ve süreler dahilinde onaylanması bu Kanun uygulamasında tasdik hükmündedir. Berat ve onayın belirlenen usul, esas ve süreler dahilinde alınmaması veya yapılmaması durumunda defterler tasdik ettirilmemiş sayılır.”

Ayrıca, 227. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Bu Kanuna” ibaresi “Elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekenler de dâhil olmak üzere, bu Kanuna” şeklinde değiştirilmiştir. Mükerrer 227. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “tasdik raporunu zamanında ibraz etmeyen mükellefler tasdike konu hakdan yararlanamazlar.” İbaresini “tasdik raporunun zamanında ibrazı şarttır.” şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Şu kadar ki, tasdik raporunun zamanında ibraz edilmemesi halinde, mükellefe tebliğ edilmek şartı ile 60günlük bir mühlet verilir. Tasdik raporunun bu süre içinde de ibraz edilmemesi halinde mükellefler tasdike konu haktan yararlanamazlar.”

13. Vergi Usul Kanunu'nun 234. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabı ve çiftçiler, bu Kanun kapsamındaki belgeleri düzenleme zorunluluğu bulunmayanlara yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları mallar (gerçek usulde vergilendirilmeyen çiftçilerden satın aldıkları mallar hariç) için işi yapana veya malı satana imza ettirecekleri gider pusulası düzenlerler. Vergiden muaf esnaf için düzenlenen gider pusulası, bu kişiler tarafından verilmiş fatura hükmündedir.”

“Gider pusulası, malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren azami yedi gün içinde düzenlenir. Bu süre içerisinde düzenlenmeyen gider pusulası hiç düzenlenmemiş sayılır.

İkinci fıkrada belirtilen bilgileri ihtiva etmeleri kaydıyla;

a)Malın veya hizmetin bedelinin, dördüncü fıkrada belirtilen süre dâhilinde satıcıya; 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununda tanımlanan banka, 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında yetkilendirilmiş ödeme

kuruluşları veya 9/5/2013 tarihli ve 6475sayılı Posta Hizmetleri Kanununa göre kurulan Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi aracılığıyla ödenmesi halinde, bu kurumlarca düzenlenen belgeler,

b)7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında satın alınan malların gider pusulası düzenlemek zorunda olanlara iade edilmesinde, 6502 sayılı Kanun uyarınca iade edilecek tutarların, (a) bendinde yer alan kurumlar aracılığıyla iadesinde bu kurumlarca düzenlenen belgeler,

c) Bu Kanuna göre belge düzenleme zorunluluğu bulunmayan kamu kurum ve kuruluşlarının, tabi oldukları ilgili mevzuat dâhilinde, yaptıkları işler veya sattıkları mallar için düzenledikleri belgeler,

gider pusulası yerine geçer.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

14. Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 242. maddesindeki değişiklikler yapılmıştır.

Bu çerçevede mükerrer 242. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci paragrafından sonra gelmek üzere aşağıdaki paragraflar eklenmiş, son paragrafında yer alan “tutulması ve düzenlenmesi” ibaresi “tutulması, düzenlenmesi ve ibraz edilmesi” şeklinde ve “tutulmasına ve düzenlenmesine” ibaresi “tutulmasına, düzenlenmesine ve ibraz edilmesine” şeklinde değiştirilmiş ve paragrafın son cümlesine “çalışanları” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile elektronik defter, belge ve kayıtların oluşturulması, imzalanması, iletilmesi ve saklanması hususlarından herhangi biri için hizmet verme konusunda yetkilendirilenlerin ortak, yönetici ve çalışanları” ibaresi eklenmiştir.

“Elektronik defter beratı, elektronik ortamda tutulan defterlere ilişkin olarak, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından belirlenen standartlara uygun bilgileri içeren ve Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından onaylanmış elektronik dosyayı ifade eder.

Elektronik muhasebe fişi, şekil hükümlerinden bağımsız olarak Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından belirlenen standart ve içeriğe uygun olarak elektronik ortamda düzenlenen, imzalanan, muhafaza ve ibraz edilebilen muhasebe fişine ait elektronik kayıtlar bütünüdür.”

Ayrıca 213 sayılı Kanunun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendine “ortamlarında saklanması” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya ibraz edilmesi” ibaresi eklenmiştir.

15. Vergi Usul Kanunu'nda alış bedeli ile ilgili çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

261. maddesinin birinci fıkrasına “9.Alış bedeli.” bendi eklenmiştir. 262. maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Aşağıda sayılan giderler de maliyet bedeline dâhil edilir:

a)İktisadi kıymetin iktisap edilmesi veya değerinin artırılması ile doğrudan ilgili; gümrük vergileri, gümrük komisyonları, yükleme, boşaltma, nakliye ve montaj giderleri,

b)İktisadi kıymetin iktisap edilmesi veya değerinin artırılması ile doğrudan ilgili; resim ve harçlar, noter, tapu, mahkeme, değer tespiti, danışmanlık, komisyon ve ilan giderleri,

c)İktisadi kıymetin finansmanında kullanılan kredilere ait faiz giderleri ve bunlara ilişkin kur farklarının; emtada emtianın stoklara girdiği tarihe kadar, diğer iktisadi kıymetlerde ise iktisadi kıymetin envantere alındığı hesap döneminin sonuna kadar olan kısmı ile söz konusu kredilere ilişkin giderler (Faiz giderleri ile kur farklarının diğer kısımlarını maliyet bedeline ithal etmekte veya genel giderler arasında göstermekte mükellefler serbesttirler.),

ç)İktisadi kıymetin stoklara veya envantere alındığı tarihe kadarki depolama vesigorta giderleri,

d) Gayrimenkullerde mevcut bir binanın satın alınarak yıkılmasından ve arsasının tesviyesinden mütevellit giderler.

Gayrimenkullerle doğrudan ilgili olması şartıyla, bunların envantere alındığı hesap dönemi sonuna kadar alınan hibeler maliyet bedelinden indirilir.

İktisadi kıymetin (emtia hariç) iktisap edilmesi veya değerinin artırılması ile ilgili olan özel tüketim vergisi, indirilemeyecek katma değer vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi ile kaynak kullanımını destekleme fonunu maliyet bedeline ithal etmekte veya genel giderler arasında göstermekte mükellefler serbesttirler.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

Bu değişikliklerin yanında 268. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Alış bedeli:

MADDE268/A- Alış bedeli, bir iktisadi kıymetin satın alma bedelidir. İktisadi bir kıymetin iktisap edilmesi ile ilgili diğer giderler alış bedeline dâhil değildir.”

16. Vergi Usul Kanunu'nda enflasyon düzeltmesi ve yeniden değerlendirme konusunda bazı değişiklikler yapılmıştır.

Bu kapsamda mükerrer 298. maddesinin başlığı “Enflasyon düzeltmesi, yeniden değerlendirme oranı ve yeniden değerlendirme:” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Ç) Tam mükellefiyete tabi ve bilanço esasına göre defter tutan gelir veya kurumlar vergisi mükellefleri(kollektif, adî komandit ve adî şirketler dâhil, (A)fıkrasının (9) numaralı bendi kapsamında söz konusu fıkranın (1) numaralı bendinde yer alan şartlara bakılmaksızın enflasyon düzeltmesi yapanlar ile kayıtlarını Türk para birimi dışında başka bir para birimiyle tutmalarına izin verilenler hariç), (A) fıkrasında yer alan enflasyon düzeltmesi yapma şartlarının gerçekleşmediği hesap dönemlerinin sonu itibarıyla, bilançolarına dâhil bulunan amortismanlara tabi iktisadi kıymetlerini (bu niteliklerini korudukları müddetçe sat-kirala-geri al işlemine veya kira sertifikası ihracına konu edilenler hariç) ve bunlar üzerinden ayrılmış olup bilançolarının pasifinde gösterilen amortismanları aşağıda belirtilen şartlar doğrultusunda yeniden değerleyebilirler.

1. İktisadi kıymetlerin maliyet bedellerine eklenmiş bulunan (iktisadi kıymetlerin aktifleştirildiği hesap dönemine ilişkin olanlar hariç) kur farkları ve kredi faizleri (bunlara isabet eden amortismanlar dâhil) yeniden değerlendirme kapsamına girmez.

2. Yeniden değerlemede, iktisadi kıymetlerin ve bunlara ait amortismanların, bu Kanunda yer alan değerlendirme hükümlerine göre tespit edilen ve değerlemenin yapılacağı hesap dönemi sonu itibarıyla yasal defter kayıtlarında yer alan değerleri dikkate alınır. Amortismanın herhangi bir yılda yapılmamış olması durumunda, yeniden değerlemeye esas alınacak tutar bu amortismanlar tam olarak ayrılmış varsayılarak belirlenir.

3. İktisadi kıymetlerin (2) numaralı bende göre tespit edilen değerleri ve bunlara ilişkin amortismanların, yeniden değerlemenin yapılacağı yıla ait olan yeniden değerlendirme oranı ile çarpılması suretiyle yeniden değerlendirme sonrası değerleri bulunur.

Yapılacak değerlemede yeniden değerlendirme oranı olarak (B) fıkrasında belirtilen oran dikkate alınır. Kendilerine özel hesap dönemi tayin olunan mükellefler için, özel hesap döneminin başladığı takvim yılına ait oran esas alınır.

Geçici vergi dönemleri itibarıyla yapılacak değerlemede esas alınacak yeniden değerlendirme oranı, bir önceki yılın Kasım ayından başlamak üzere; 3, 6 ve 9 uncu aylarda bir önceki 3, 6 ve 9 aylık dönemlere göre Türkiye

İstatistik Kurumunun Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranı esas alınmak suretiyle belirlenir.

4.Yeniden değerlendirme neticesinde iktisadi kıymetlerin değerinde meydana gelen değer artışı, yeniden değerlemeye tabi tutulan iktisadi kıymetlerin her birine isabet eden değer artışı ayrıntılı olarak görünecek şekilde, bilançonun pasifinde özel bir fon hesabında gösterilir. Değer artışı, iktisadi kıymetlerin yeniden değerlendirme sonrası ve yeniden değerlendirme öncesi net bilanço aktif değerleri arasındaki farktır. Net bilanço aktif değeri, iktisadi kıymetlerin bilançonun aktifinde yazılı değerlerinden, pasifte yazılı amortismanların tenzili suretiyle bulunan değeri ifade eder. İktisadi kıymetler için amortismanın herhangi bir yılda yapılmamış olması durumunda söz konusu değer, bu amortismanlar tam olarak ayrılmış varsayılarak belirlenir.

5.İktisadi kıymetlerini bu fıkra kapsamında yeniden değerlemeye tabi tutan mükellefler bu kıymetlerini, yeniden değerlendirme sonrasında bulunan değerleri üzerinden amortismanına tabi tutmaya devam ederler. Yeniden değerlemeye tabi tutulanların her birine isabet eden değer artışları ile bunların hesap şekilleri amortisman kayıtlarında ayrıntılı olarak gösterilir.

6.Pasifte özel bir fon hesabında gösterilen değer artışı tutarının, sermayeye ilave edilme dışında herhangi bir şekilde başka bir hesaba nakledilen veya işletmeden çekilen kısmı, bu işlemin yapıldığı dönem kazancı ile ilişkilendirilmeksizin bu dönemde gelir veya kurumlar vergisine tabi tutulur. Sermayeye eklenen değer artışları, ortaklar tarafından işletmeye ilave edilmiş kıymetler olarak kabul edilir. Bu işlemler kâr dağıtımını sayılmaz.

7.Yeniden değerlemeye tabi tutulan iktisadi kıymetlerin elden çıkarılması (satış, devir, işletmeden çekiş, tasfiye gibi) halinde, bunlara isabet eden pasifte özel bir fon hesabında gösterilen değer artışları aynen amortismanlar gibi muameleye tabi tutulur.

8. Her yılın yeniden değerlendirme oranı ancak o yıla ait değerlemede nazara alınabilir. Yeniden değerlemenin herhangi bir yıl yapılmamasından veya değerlendirme oranının düşük uygulanmasından dolayı daha sonraki yıllarda geçmiş dönemlere ilişkin yeniden değerlendirme yapılamaz.

9.Hesap dönemi içinde aktife giren iktisadi kıymetler için aktife girdiği hesap döneminde, yeniden değerlendirme yapılmaz.

10.Yeniden değerlemeye tabi tutulan iktisadi kıymetlerin elden çıkarılmasından önce (A) fıkrasında belirtilen enflasyon düzeltmesi yapılmasına ilişkin şartların oluşması halinde, anılan fıkranın (7) numaralı bendi uyarınca enflasyon düzeltmesi yapılır. Söz konusu bent gereği öz sermaye kalemlerinin düzeltilmesinde bu madde kapsamındaki yeniden

değerleme değer artış fonu öz sermayeden düşülür. Ayrıca mezkûr değer artış fonunun sermayeye ilavesi nedeniyle oluşan sermaye artışları sermaye artışı olarak dikkate alınmaz ve enflasyon düzeltilmesine tabi tutulmaz.

11. (A) fıkrası uyarınca enflasyon düzeltilmesine ilişkin şartların oluştuğu dönemlerde, bu fıkra uyarınca yeniden değerlendirme yapılmaz. Anılan fıkrada belirtilen enflasyon düzeltilmesine ilişkin şartların oluşmadığı ilk hesap döneminden itibaren, bu fıkra hükümleri uyarınca yeniden değerlendirme uygulamasına devam olunabilir. Bu durumda iktisadi kıymetlerin yeniden değerlendirilmesine esas değerler olarak, enflasyon düzeltilmesine tabi tutulmuş son bilançoda yer alan değerler dikkate alınır. Bu değerlerin tespitinde, iktisadi kıymetler için amortismanın herhangi bir yılda yapılmamış olması durumunda, bu amortismanlar tam olarak ayrılmış varsayılır.

12. Bu fıkra kapsamında yeniden değerlendirme yapılan hesap döneminden sonra (A) fıkrası uyarınca enflasyon düzeltilmesi şartlarının yeniden oluşması durumunda, bu fıkra hükümlerine göre yeniden değerlemeye tabi tutulmuş olan iktisadi kıymetler ile bunlara ilişkin amortismanlar düzeltilmiş son değerleri dikkate alınarak enflasyon düzeltilmesine tabi tutulur.

13. Yeniden değerlemenin herhangi bir yılda yapılmaması durumunda, sonraki hesap dönemlerine ilişkin olarak bu fıkra kapsamında yeniden değerlendirme yapılabilir.

14. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

Bu düzenlemelerle bağlantılı olarak bazı maddelerdeki ifadeler de değişiklik yapılmış, ayrıca 320. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Dileyen mükellefler, amortisman işlemine, işletme aktifine yeni kaydedilecek iktisadi kıymetler (ikinci fıkra kapsamındakiler hariç) için bunların kullanıma hazır olduğu tarihte başlayıp ve her bir hesap dönemi için kıymetin aktifte kaldığı süre kadar gün esasına göre amortisman ayırabilir. Sürenin gün olarak hesaplanması için Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen faydalı ömür süreleri üçyüzaltmışbeş ile çarpılır.

Mükellefler, Hazine ve Maliye Bakanlığının iktisadi kıymetler için tespit ve ilan ettiği faydalı ömürlerden kısa olmamak üzere amortisman süresini, her yıl için aynı nispet olmak kaydıyla, belirlemekte serbesttir. Şu kadar ki, bu süre Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenen sürenin iki katını ve elli yılı aşamaz. Mükellefler bu tercihlerini iktisadi kıymetin envantere alındığı geçici vergi dönemi sonu itibarıyla kullanırlar. Bu şekilde belirlenen amortisman süresi ve oranı izleyen dönemlerde değiştirilemez.”

“Bu maddenin birinci ya da üçüncü fıkrasına göre amortisman hesaplanmasına başlandıktan sonra bu hesaplama şeklinden vazgeçilemez.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

17. Vergi Usul Kanunu’nun amortismanlarla ilgili maddelerinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

Bu çerçevede 323. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinde yer alan “dava ve icra takibine değmeyecek derecede küçük” ibaresi “ve 3.000Türk lirasını aşmayan” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“İşletme hesabı esasında defter tutan mükellefler, yukarıdaki fıkralar kapsamında tespit edilen şüpheli alacaklarını defterlerinin gider kısmına ve bunlardan sonradan tahsil edilen miktarları ise tahsil edildikleri dönemde defterlerinin gelir kısmına, hangi alacaklara ait olduğunu gösterecek şekilde, kaydederler.”

328. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerce;

a) Satılan iktisadi kıymetlerin yenilenmesi veya benzer mahiyetteki bir iktisadi kıymetin iktisabı, işin niteliğine göre zorunlu bulunur veya bu hususta işletmeyi idare edenlerce karar verilmiş ve teşebbüse geçilmiş olursa bu takdirde, satıştan doğan kâr, satışın yapıldığı tarihi takip eden üçüncü takvim yılının sonuna kadar pasifte geçici bir hesapta tutulabilir. Bu süre içinde, satılan iktisadi kıymetlerin yenilenmesi veya benzer mahiyetteki bir iktisadi kıymetin iktisabı gerçekleşmezse, geçici hesapta tutulan kâr, satışın yapıldığı yılı takip eden üçüncü takvim yılının kâr ve zarar hesabına eklenir.

b) Pasifte geçici bir hesapta tutulan kâr, finansal kiralama yoluyla edinilenlerde dâhil olmak üzere (a) bendindeki esaslar dâhilinde iktisap edilen bir veya birden fazla kıymetin bu Kanun hükümlerine göre ayrılacak amortismanlarına mahsup edilir. Bu mahsup tamamlandıktan sonra itfa edilmemiş olarak kalan değerlerin amortismanına devam olunur.

c) Pasifte geçici bir hesapta tutulan kâr, satışı yapılan iktisadi kıymetin yerine iktisap edilen yeni kıymetlerin amortisman ayrılabilir tutarından fazla ise bu fazlalık, satışın yapıldığı yılı takip eden üçüncü takvim yılının kâr ve zarar hesabına eklenir.

ç) Satışın yapıldığı yılı takip eden üçüncü takvim yılının sonundan önce işin terki, devri veya işletmenin tasfiyesi hâlinde pasifte geçici bir hesapta tutulan kâr o yılın kâr ve zarar hesabına eklenir.

Maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

329. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

“Bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerce;

a)Alınan sigorta tazminatı ile tamamen veya kısmen zarar gören amortisman tabi iktisadi kıymetlerin yenilenmesi veya benzer mahiyetteki bir iktisadi kıymetin iktisabı, işin niteliğine göre zorunlu bulunur veya bu hususta işletmeyi idare edenlerce karar verilmiş ve teşebbüse geçilmiş olursa tazminat fazlası, tazminatın alındığı tarihi takip eden üçüncü takvim yılının sonuna kadar pasifte geçici bir hesapta tutulabilir. Her ne sebeple olursa olsun bu süre içinde zarar gören iktisadi kıymetlerin yenilenmesi veya benzer mahiyetteki bir iktisadi kıymetin iktisabı gerçekleşmezse, geçici hesapta tutulan tazminat fazlası, tazminatın alındığı yılı takip eden üçüncü takvim yılının kâr ve zarar hesabına eklenir.

b)Pasifte geçici bir hesapta tutulan tazminat fazlası, finansal kiralama yoluyla edinilenler de dâhil olmak üzere (a) bendindeki esaslar dâhilinde iktisap edilen bir veya birden fazla kıymetin bu Kanun hükümlerine göre ayrılacak amortismanlarına mahsup edilir. Bu mahsup tamamlandıktan sonra itfa edilmemiş olarak kalan değerlerin amortismanına devam olunur.

c)Pasifte geçici bir hesapta tutulan tazminat fazlası, zarar gören iktisadi kıymetin yerine iktisap edilen yeni kıymetlerin amortisman ayrılabilir tutarından fazla ise bu fazlalık, tazminatın alındığı yılı takip eden üçüncü takvim yılının kâr ve zarar hesabına eklenir.

ç)Tazminatın alındığı yılı takip eden üçüncü takvim yılının sonundan önce işin terki, devri veya işletmenin tasfiyesi hâlinde pasifte geçici bir hesapta tutulan tazminat fazlası o yılın kâr ve zarar hesabına eklenir.

Maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

18. Vergi Usul Kanunu'nun ceza hükümleri ile ilgili maddelerinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

Bu çerçevede öncelikle 339. madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE339- Vergi ziyana sebebiyet vermektен veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, vergi ziyayı cezasında cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren beşinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar, usulsüzlükte cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren ikinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyayı cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Şu kadar ki, artırım tutarı

kesinleşen cezadan (kesinleşen birden fazla ceza olması durumunda bunlardan tutar itibarıyla en yükseğinden) fazla olamaz.

Birinci fıkrada yer alan beş ve iki yıllık sürelerin hesabında, artırıma esas alınan cezaların kesinleşme tarihi dikkate alınır.”

352. maddesinin I inci derece usulsüzlüklerle ilgili (6) numaralı bendinde yer alan “(Madde 215 - 219)” ibaresi “(Madde 215 - 219 ile mükerrer madde 242)” şeklinde değiştirilmiştir.

353 maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “227 nci ve 231 inci” ibaresi “227, 231 ve 234 üncü” şeklinde değiştirilmiş, fıkranın (8) numaralı bendinin birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, bende birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle ile fıkraya aşağıdaki bent eklenmiştir.

“Belge basımı ile ilgili bildirim görevini belirlenen sürede yerine getirmeyen ya da bildirim eksik veya hatalı yapan matbaa işletmecilerine 1.400 Türk lirası özel usulsüzlük cezası kesilir.”

“Bildirim görevinin belirlenen sürede yerine getirilmemesi durumu ile bildirim eksik veya hatalı yapılması durumunda kesilmesi gereken özel usulsüzlük cezası, bildirim belirlenen sürenin sonundan başlayarak 30 gün içinde yapılması ya da eksik veya hatalı yapılan bildirim aynı süre içerisinde tamamlanması veya düzeltilmesi durumunda 1/2 oranında uygulanır.”

“11. Bu Kanunun mükerrer 227 nci maddesi uyarınca tasdik kapsamına alınan konularda yeminli mali müşavir tasdik raporunun aynı maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen sürede ibraz edilmemesi durumunda, tasdik raporu ibraz şartı getirilen mükellef adına 50.000 Türk lirasından az ve 500.000 Türk lirasından fazla olmamak üzere, yararlanılması tasdik raporunun ibrazı şartına bağlanan tutarın %5’i nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir.”

Mükerrer 355. maddesinin başlığına “107/A,” ibaresinden sonra gelmek üzere “mükerrer 242,” ibaresi ve maddenin birinci fıkrasına “150,” ibaresinden sonra gelmek üzere “mükerrer 242,” ibaresi eklenmiştir.

371 inci maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinde yer alan “her hangi bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın” ibaresi “haber verilen olayın ilgili olduğu vergi türüne ilişkin bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın ve ilgili olduğu vergi türünün” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Hazine ve Maliye Bakanlığı maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkilidir.”

376. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinde yer alan “vergi ziyai cezasının” ibaresi “vergi cezalarının” şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun’un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “cezalarının” ibaresinden önce gelmek üzere “cezaları ile 5.000 Türk lirasını aşan usulsüzlük ve özel usulsüzlük” ibaresi ve ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Uzlaşmaya konu edilebilecek usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının tespitinde cezayı gerektiren fiil bazında kesilecek toplam ceza tutarı dikkate alınır ve 5.000Türk lirasını aşmayan usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları için Kanunun 376ncı maddesindeki indirim oranı %50 artırımlı olarak uygulanır.”

Kanun’un ek 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ile bunlara ilişkin kesilecek vergi ziyai cezalarında” ibaresi “ve bunlara ilişkin kesilecek vergi ziyai cezaları ile 5.000 Türk lirasını aşan usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarında” şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Uzlaşmaya konu edilebilecek usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının tespitinde, cezayı gerektiren fiil bazında kesilecek toplam ceza tutarı dikkate alınır.”

19. Vergi Usul Kanunu’na Karşılıklı Anlaşma Usulü ile ilgili bazı düzenlemeler getirilmiştir.

Kanun’a ek 13. maddesinden sonra gelmek üzere bölüm başlığı ile birlikte aşağıdaki ek maddeler eklenmiştir.

“DÖRDÜNCÜBÖLÜM

Karşılıklı Anlaşma Usulü

Karşılıklı anlaşma usulüne başvuru:

EKMADDE 14- Mükellefler, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş bir çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması hükümlerine aykırı olarak vergilendirildiği veya bu şekilde vergilendirileceğine ilişkin kuvvetli emareler bulunduğu iddiasıyla anlaşmanın “Karşılıklı Anlaşma Usulü” hükümlerine göre Gelir İdaresi Başkanlığına başvurabilir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması hükümlerine bağlı olarak bu başvuru, anlaşmaya taraf diğer Akit Devlet yetkili makamları aracılığıyla da yapılabilir.

Vergilendirmenin matrah veya vergi farkları itibarıyla bölünebildiği durumlarda başvuru, sadece toplam farkın çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları kapsamındaki bölümüne isabet eden kısmı için yapılabilir.

Yapılan başvurunun değerlendirilebilmesi için çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasında öngörülen süre ve usulde yapılması şarttır. Anlaşmada

başvuru için süre bulunmadığı veya iç mevzuat hükümlerine atıf yapıldığı durumda başvurunun, anlaşma hükümlerine aykırı olduğu iddia edilen bir vergilendirme işleminden mükellefin ilk haberdar olduğu tarihten itibaren üç yıl içerisinde yapılması esastır. Her hâlükârda başvuru süresi; ihbarnamenin tebliğ edildiği, ihtirazi kayıtla verilen beyannamede verginin tahakkuk ettiği, vergi kesintisi yapıldığı durumda ise kesintinin yapıldığı tarihten itibaren anlaşmada öngörülen sürenin bitiminde, böyle bir süre yoksa üç yıl tamamlanınca sona erer.”

“Karşılıklı anlaşma usulü ve dava açma:

EKMADDE 15- Karşılıklı anlaşma usulüne göre başvuru; başvuru kapsamındaki tarh ve tebliğ edilen vergi ve cezalar ile ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerine tahakkuk eden vergiye ilişkin dava açma süresini durdurur.

Yapılan başvuruya konu talebin reddi veya diğer Akit Devletin yetkili makamı ile anlaşmaya varılamaması durumunda bu durum bir yazı ile mükellefe tebliğ edilir. Mükellef, söz konusu yazının tebliğ edildiği tarihten itibaren kalan dava açma süresi içerisinde vergi mahkemesi nezdinde dava açabilir. Dava açma süresi, onbeş günden az kalmış ise bu süre yazının tebliği tarihinden itibaren on beş gün olarak uzar.”

“Karşılıklı anlaşma usulü başvurusunun neticelendirilmesi:

EKMADDE 16- Başvurunun, Gelir İdaresi Başkanlığı ile diğer Akit Devletin yetkili makamı arasında anlaşmaya varılarak sonuçlandırılması hâlinde durum mükellefe bir yazı ile tebliğ edilir.

Yazının tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde mükellefin varılan anlaşmayı kabul edip etmediğini Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmesi şarttır. Mükellef bu süre içinde bildirimde bulunmadığı takdirde, varılan anlaşmayı kabul etmemiş sayılır. Anlaşma sonucunun kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması durumunda, otuz günlük sürenin bitiminden itibaren dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve vergi mahkemesi nezdinde dava açılabilir. Dava açma süresi, on beş günden az kalmış ise bu süre on beş gün olarak uzar.

Gelir İdaresi Başkanlığı ile diğer Akit Devletin yetkili makamı arasında varılan anlaşmanın mükellef tarafından süresi içinde kabul edilmesi durumunda karşılıklı anlaşma vaki olur ve varılan anlaşmaya göre vergi ve cezalarda düzeltme yapılır. Anlaşma üzerine tahakkuk eden vergilere 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi; verginin kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, mükellefin karşılıklı

anlaşma sonucunu kabul ettiğini bildirdiği tarihe kadar geçen süre için uygulanır.

Karşılıklı anlaşmanın vaki olduğu durumda üzerinde anlaşılan hususlar ve anlaşma uyarınca düzeltilen vergi ve cezalar hakkında dava açılmaz ve hiçbir mercie şikâyetle bulunulamaz, Kanunun 376 ncı maddesine göre ceza indiriminden faydalanılamaz ve uzlaşma hükümlerinden yararlanılamaz. Söz konusu vergi ve cezalar, düzeltme işleminin mükellefe tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde ödenir.

Düzeltilme işlemine konu verginin tamamı ile cezaların yarısının bu süre zarfında ödenmesi halinde cezanın yarısı indirilir.”

“Başvuru öncesi açılan davalar ve uzlaşma talebi:

EKMADDE 17- Mükellef, Kanunun ek 14 üncü maddesi hükümlerine göre yaptığı başvurudan önce;

a) Dava açmışsa dava, karşılıklı anlaşma usulü başvurusu sonuca bağlanmadan vergi mahkemelerince incelenmez; herhangi bir sebeple incelenir ve karara bağlanırsa, karşılıklı anlaşma başvurusuna ilişkin sonuç dikkate alınır. Anlaşma sonucu idare tarafından yargı mercilerine bildirilir. Karşılıklı anlaşmanın vaki olmaması halinde, durdurulmuş olan davanın görülmesine, vergi mahkemesinde devam olunur.

b)Uzlaşma talebinde bulunmuşsa uzlaşma, karşılıklı anlaşma usulü başvurusunun sonuca bağlanmasına kadar ertelenir. Şu kadar ki, mükellef anlaşmanın sonucunu beklemeksizin uzlaşma hakkını kullanmayı talep ettiği takdirde başvurusundan vazgeçmiş sayılır ve uzlaşmanın vaki olduğu durumda, diğer Akit Devlete yönelik düzeltme talebi hariç, tekrar karşılıklı anlaşma usulü başvurusunda bulunamaz. Uzlaşmanın vaki olmadığı durumda ise mükellef, Kanunun ek 14 üncü maddesi hükümlerine göre tekrar karşılıklı anlaşma usulü başvurusunda bulunabilir.”

“Diğer hususlar:

EKMADDE 18- Gelir İdaresi Başkanlığına yapılan karşılıklı anlaşma usulü başvurusu, başvuruya konu vergi ve cezalar için, başvuru tarihi itibarıyla bu Kanunda yazılı zamanaşımı sürelerini durdurur. Duran zamanaşımı, ek 16 ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca mükellef tarafından anlaşma sonucunun kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması durumunda bu durumların ortaya çıktığı tarihi takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder.

Karşılıklı anlaşma sonucuna göre Türkiye’de düzeltme yapılmasının gerekmesi durumunda, anlaşma sonucu, Kanunun zamanaşımı hükümlerine bakılmaksızın uygulanır. Şu kadar ki, anlaşma sonucunun uygulanması için

çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasında bir süre öngörülmüş ise bu süre ile ilgili hükümler saklıdır.

Mükellef, karşılıklı anlaşmanın sonucunu kabul ettiği durumlar hariç olmak üzere, sürecin herhangi bir aşamasında başvurusunu geri çekebilir, bu durumda duran zamanaşımı kaldığı yerden işlemeye devam eder. Mükellefin, başvurusunu geri çektiği durumda, Kanunun diğer hükümleri kapsamındaki başvuru hakları saklıdır.

Karşılıklı anlaşma usulüne başvurulması, tahakkuk eden vergi ve cezaların tahsilatını durdurmaz.

Karşılıklı anlaşma usulü hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

20. Vergi Usul Kanunu'nun geçici 30. maddesine aşağıdaki fıkra ve geçici 32. madde eklenmiştir.

“Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten 3 1/12/2023 tarihine (bu tarihler dâhil) kadar, birinci fıkrada belirtilen kapsam ve şartlar dâhilinde iktisap edilen yeni makina ve teçhizat için aynı fıkra uygulamasından yararlanılabilir. Bu fıkranın uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

“GEÇİCİ MADDE 32- Bu maddeyi ihdas eden Kanunla mükerrer 298 inci maddeye eklenen (Ç) fıkrası kapsamında yeniden değerlendirme yapabilecek olan mükellefler, anılan fıkra uyarınca ilk kez yeniden değerlendirme yapacakları hesap döneminden önceki hesap döneminin sonu itibarıyla bilançolarına kayıtlı bulunan taşınmazlar ile amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerini (bu niteliklerini korudukları müddetçe sat-kirala-geri al işlemine veya kira sertifikası ihracına konu edilen taşınmaz ve iktisadi kıymetler hariç) aşağıdaki şartlarla yeniden değerleyebilirler.

a)Yeniden değerlemede, taşınmazlar ile amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerin ve bunlara ait amortismanların, bu Kanunda yer alan değerlendirme hükümlerine göre tespit edilen ve bu Kanunun mükerrer298 inci maddesinin (Ç)fıkrası uyarınca ilk kez yeniden değerlendirme yapılacak hesap döneminden önceki hesap döneminin sonu itibarıyla yasal defter kayıtlarında yer alan değerleri dikkate alınır. Amortismanın herhangi bir yılda yapılmamış olması durumunda, yeniden değerlemeye esas alınacak tutar bu amortismanlar tam olarak ayrılmış varsayılarak belirlenir.

b)Taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerin (a) bendine göre tespit edilen değerleri ve bunlara ilişkin amortismanların yeniden değerlendirme oranı ile çarpılması suretiyle yeniden değerlendirme sonrası değerleri bulunur.

Yapılacak değerlemede esas alınacak yeniden değerlendirme oranı olarak;

1. Bu Kanunun mükerrer 298 inci maddesinin (A) fıkrasına göre enflasyon düzeltilmesine tabi tutulan;

i) En son bilançoda yer alan taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetler ile bunların amortismanları için, anılan maddenin (Ç) fıkrası kapsamında yapılacak yeniden değerlemenin ilgili olduğu hesap döneminden önceki hesap döneminin son ayına ilişkin Yİ-ÜFE değerinin, söz konusu bilançonun ait olduğu tarihi takip eden aya ilişkin Yİ-ÜFE değerine bölünmesi ile bulunan oran,

ii) En son bilanço tarihinden sonra iktisap edilen taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetler ile bunların amortismanları için, anılan maddenin (Ç) fıkrası kapsamında yapılacak yeniden değerlemenin ilgili olduğu hesap döneminden önceki hesap döneminin son ayına ilişkin Yİ-ÜFE değerinin, bunların iktisap edildiği ayı izleyen aya ilişkin Yİ-ÜFE değerine bölünmesi ile bulunan oran,

2. Daha önce Kanunun geçici 31 inci maddesinin;

i) Birinci fıkrasında yer alan tarihe kadar yeniden değerlemeye tabi tutulan taşınmazlar ve amortismanları için, mükerrer 298 inci maddenin (Ç) fıkrası kapsamında yapılacak yeniden değerlemenin ilgili olduğu hesap döneminden önceki hesap döneminin son ayına ilişkin Yİ-ÜFE değerinin, 2018 yılı Mayıs ayına ilişkin Yİ-ÜFE değerine bölünmesi ile bulunan oran,

ii) Yedinci fıkrasında yer alan tarihe kadar yeniden değerlemeye tabi tutulan taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetler ile bunların amortismanları için, mükerrer 298 inci maddenin (Ç) fıkrası kapsamında yapılacak yeniden değerlemenin ilgili olduğu hesap döneminden önceki hesap döneminin son ayına ilişkin Yİ-ÜFE değerinin, 2021 yılı Haziran ayına ilişkin Yİ-ÜFE değerine bölünmesi ile bulunan oran,

dikkate alınır. Bu bent uyarınca dikkate alınacak Yİ-ÜFE ibaresi; Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği 1/1/2005 tarihinden itibaren üretici fiyatları endeksi (ÜFE) değerlerini, 1/1/2014 tarihinden itibaren yurt içi üretici fiyat endeksi (Yİ-ÜFE) değerlerini ifade eder.

c) Yeniden değerlendirme neticesinde taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerin değerinde meydana gelecek değer artışı, yeniden değerlemeye tabi tutulan taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerin her birine isabet eden değer artışları ayrıntılı olarak gösterilecek şekilde, bilançonun pasifinde özel bir fon hesabında gösterilir. Değer artışı, taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerin yeniden değerlendirme sonrası ve yeniden değerlendirme öncesi net bilanço aktif değerleri arasındaki farktır. Net bilanço aktif değeri, taşınmazlar ve amortismanına tabi

diğer iktisadi kıymetlerin bilançonun aktifinde yazılı değerlerinden, pasifte yazılı amortismanların tenzili suretiyle bulunan değeri ifade eder.

Taşınmaz ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerini bu madde kapsamında yeniden değerlemeye tabi tutan mükellefler bunları, yapılan yeniden değerlendirme sonrasında bulunan değerleri üzerinden amortismanına tabi tutmaya devam ederler.

Pasifte özel bir fon hesabında gösterilen değer artışı tutarı üzerinden %2 oranında hesaplanan vergi, yeniden değerlendirme işleminin yapıldığı tarihi izleyen ayın sonuna kadar bir beyanname ile gelir veya kurumlar vergisi yönünden bağlı olunan vergi dairesine beyan edilir ve ilk taksiti beyanname verme süresi içinde, izleyen taksitler beyanname verme süresini takip eden ikinci ve dördüncü ayda olmak üzere üç eşit taksitte ödenir. Bu fıkra kapsamında ödenen vergi; gelir ve kurumlar vergisinden mahsup edilmez, gelir ve kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak kabul edilmez. Beyanın zamanında yapılmaması ya da tahakkuk eden verginin süresinde ödenmemesi halinde bu madde hükümlerinden faydalanılamaz.

Pasifte özel bir fon hesabında gösterilen değer artışı tutarının, sermayeye ilave edilme dışında herhangi bir şekilde başka bir hesaba nakledilen veya işletmeden çekilen kısmı, bu işlemin yapıldığı dönem kazancı ile ilişkilendirilmeksizin bu dönemde gelir veya kurumlar vergisine tabi tutulur.

Yeniden değerlemeye tabi tutulan taşınmaz ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerin elden çıkarılması halinde, pasifte özel bir fon hesabında gösterilen değer artışları, kazancın tespitinde dikkate alınmaz.

Bu madde kapsamında yeniden değerlendirme sadece bir kez, bu Kanunun mükerrer 298 inci maddesinin (Ç) fıkrası uyarınca yapılacak yeniden değerlendirme öncesinde olmak üzere yapılabilir. Bu madde kapsamında yeniden değerlendirme yapmakla birlikte yeniden değerlemenin ilgili olduğu hesap döneminden sonraki hesap dönemi için mükerrer 298 inci maddenin (Ç) fıkrası kapsamında yeniden değerlendirme yapmayan mükellefler, daha sonraki dönemlerde mezkûr fıkra kapsamında yapacakları yeniden değerlemede tekrar bu madde kapsamında yeniden değerlendirme yapamazlar.

Bu madde kapsamında yeniden değerlemeye tabi tutulan taşınmazlar ve amortismanına tabi diğer iktisadi kıymetlerin elden çıkarılmasından önce bu Kanunun mükerrer 298 inci maddesinin (Ç) fıkrası uyarınca yeniden değerlendirme yapılmadan mezkûr maddenin (A) fıkrası gereğince enflasyon düzeltmesi yapılmasına ilişkin şartların oluşması halinde, bu madde gereğince oluşan değer artışı fonu öz sermayeden düşülmek suretiyle mezkûr madde uyarınca enflasyon düzeltmesi yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

21. Damga Vergisi Kanunu’ndaki değişiklikler.

8. maddenin birinci fıkrasına “il özel idareleri,” ibaresinden sonra gelmek üzere “yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları,” ibaresi eklenmiştir.

Kanun’a ekli (2) sayılı tablonun “IV- Ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtlar” başlıklı bölümünün (36) numaralı fıkrasına, “Sermaye piyasası araçlarının ihracına” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 31/B maddesi kapsamında teminat yöneticisinin taraf oldukları dahil bu ihraca konu teminatlara” ibaresi ile bölüme aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“55. Genel ve özel bütçeli idarelere, il özel idarelerine, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıklarına, belediyelere ve köylere yapılacak bağışlara ilişkin olarak ilgili idare ile bağışlayanlar arasında düzenlenen kağıtlar.”

22. Katma Değer Vergisi Kanunu’ndaki değişiklik.

Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan “basit usulde vergilendirilen” ibaresi “kazançları basit usulde tespit edilen” şeklinde değiştirilmiş ve bende “aynı Kanunun mükerrer 20/B maddesi kapsamında vergilendirilen kazançlara konu teslim ve hizmetler,” ibaresi eklenmiştir.

23. Özel Tüketim Vergisi Kanunu’ndaki değişiklikler.

Özel Tüketim Vergisi Kanunu’nun 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan “bir katına” ibareleri “üç katına” şeklinde ve (c) bendinde yer alan “malların” ibaresi “mallar için farklı matrah grupları oluşturmaya, malların matrah grupları, motor gücü,” şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun’un ekinde yer alan (II) sayılı listeye,

a)8701.20 G.T.İ.P. numaralı malın yer aldığı satırdan önce gelmek üzere aşağıda ki sıra eklenmiştir.

“**87.01 Traktörler** (87.09 pozisyonuna giren traktörler hariç) 25
[Yalnız ATV (her türlü arazide kullanılan araç) ve
UTV (çok amaçlı hizmet aracı)]

14.10.2021 tarihli ve 7338 sayılı Kanun’un sonunda maddelerin yürürlük tarihleri ile ilgili düzenleme bulunmaktadır.

7338 sayılı vergi kanunu düzenlemeleri ile ilgili değerlendirmeler

1. Basit usule tabi mükellefler Gelir Vergisi Kanunu'nun 47 ve 48. maddelerinde yer almakta olup ülkemizde sayıları 850 bin civarındadır. Bu mükelleflerin kazançları gelir vergisinden istisna edilmektedir. Bu kazançlar için beyanname verilmeyecek, başka gelirler nedeniyle beyanname verilmesi halinde bu kazançlar beyannameye dahil edilmeyecektir. Bütçe üzerinde etkisi çok fazla olmayacaktır. Bu kesime ekonomik anlamda bir rahatlama sağlanmaktadır. Fakat her ne sebeple yapılırsa yapılsın bu tür farklı uygulamalar sistemde bozulmalara yol açmaktadır. Özellikle vergi sistemimiz bakımından adalet ilkesindeki tahribat artmaktadır.
2. 7338 sayılı Kanun ile internet ortamında sosyal ağ sağlayıcılar üzerinden içerik paylaşarak gelir elde eden kişilerin bu kazançları ile akıllı telefon, tablet gibi mobil cihazlar için uygulama geliştirenlerin elektronik uygulama paylaşım ve satış platformları üzerinden elde ettikleri kazançlar gelir vergisinden istisna edilmektedir. Bu istisnadan yararlanılabilmesi için Türkiye'de kurulu bir bankada hesap açılarak bu faaliyete ilişkin gelirin bu hesap aracılığıyla elde edilmesi gerekmektedir. Bankalar, bu hesaplara aktarılan hasılat tutarı üzerinden %15 oranında stopaj yapıp Maliye'ye ödeyecekler. Cumhurbaşkanı söz konusu oranı sıfıra indirmeye ve %30'a kadar artırmaya yetkilidir. Diğer taraftan, hasılatı banka üzerinden elde etmeyenler ile belirtilen kazancı gelir vergisi tarifesinin dördüncü dilimini (2021 yılı için 650 bin TL) aşanlar istisnadan yararlanamayacaktır. Uzun zamandır tartışılan bu konu getirilen düzenleme ile bir çözüme bağlanmaktadır. Fakat bu çözüm bundan sonra başta eşitlik ve adalet ilkeleri olmak üzere yeni tartışmalara yol açacaktır. Bu faaliyetin kapsamının belirlenmesi ve ilgili hükümlere tabi olması bir an önce çözümlenmelidir.
3. Ekonomik rahatlama sağlamak amaçlı getirilen bir başka düzenleme çiftçilere kamu kurum ve kuruluşlarından yapılan tarımsal destekleme ödemelerinin gelir vergisinden istisna tutulmasıdır. Bu destek ödemelerinden gelir vergisi stopajı da yapılmayacaktır. Böylece hem destek verip hem bu destek üzerinden vergi alma biçiminde bazı şekli kalıpları sürdürme uygulaması ortadan kalkmaktadır.
4. Kanun ile getirilen bir başka düzenleme ile uzun zamandır konuşulan ve kaldırılması talep edilen dördüncü geçici vergi beyannamesi kaldırılmıştır. Bu durum, mükellefler bakımından bazı

süreçlerin ikinci defa yapılmaması ve zaman ve iş tasarrufu anlamına da gelmektedir.

5. Vergiye uyumlu mükellefler için getirilen ama uygulamada fazla destek görmeyen düzenlemede yapılan değişiklik ile yararlanma koşullarından birisi olan indirim hesaplanacağı beyannamenin ait olduğu yıl ile önceki iki yılda tarhiyat yapılmamış olması koşulu değiştirilmiş, yapılan tarhiyatların kesinleşmesi olmuştur. Böylece bazı hukuken sorunlu sonuçlar değiştirilmiştir. Vergi incelemesi neticesinde tarhiyat yapılması halinde bu durum kesinleşene kadar mükellefler vergi indiriminden yararlanabilecektir. Bunun yanında bu süre içerisinde kesinleşen tarhiyatın Kanun'daki indirim tutar sınırının % 1'inden az olması durumunda indirimden yararlanma şartları ihlal edilmiş sayılmayacaktır. Bu rakam 2021 senesi için 1,5 milyon TL olarak belirlenmiştir. Sonuçta vergi indirimi müessesesi aflarla karşılaştırıldığında cazip olmayan ve amacına ulaşmayan bir müessese olarak kalmaya devam edecektir.
6. Kanun ile Maliye Bakanlığı'na esas belirleme yetkisi verilmesi her zaman olduğu gibi yine hukuka aykırıdır. Fakat bu durum maalesef değişmemektedir.
7. Vergi incelemelerinin mükellefin işyerinde yapılacağına ilişkin 1949 senesinden beri süren düzenleme değiştirilerek incelemelerin esas olarak dairede yapılması düzenlemesi getirilmiştir. İncelemenin dairede yapılacak olması iş yerinde tespit ve çalışma yapılmasına mani değildir. Bu düzenleme ile uygulamadaki gerçek durum metne işlenmiş olmaktadır. Aslında vergi incelemesi yapanların o işyerini yerinde görerek, çalışma düzeni, işleyiş, denetim, bilgiye ulaşma gibi kolaylıklar çerçevesinde sağlıklı incelemeler yapabilmeleri amacıyla getirilen bir düzenleme idi. Gözlemlemek de vergi incelemelerinde başarıyı artıran bir faktördür. Mükelleflerin sıkça şikâyet ettiği, İdare'nin zaman ve yoğunluk sebebiyle fiilen gerçekleştirmediği, yargının mükellefleri haklı görüp İdare aleyhine kararlar verdiği bu durum, teknolojinin yoğun kullanıldığı ve uzaktan çalışmanın yaygınlaştığı bir dönemde şartlar öne sürülerek yasal zemine oturtulmaktadır. Bu kapsamda en ilginç taraf madde gerekçesinde yer alan "mükelleflere kolaylık ve zaman tasarrufu sağlamak" amacını taşıdığı açıklamasıdır. Burada çok açık bir şekilde kolaylık ve zaman tasarrufu mükellef için değil, inceleme elemanı için getirilmektedir. Mükelleflerin onca materyali nasıl taşıyacağı ve bunların İdare tarafından nasıl ve nerede, daha önceki

- problemler sebebiyle güven içinde saklanacağı meçhuldür. Bu düzenleme çerçevesinde, asıl kural olan incelemenin iş yerinde yapılması istisnai olmakta, ancak mükellef veya vergi sorumlusunun talep etmesi, iş yerinin uygun olması ve inceleme elemanının kabul etmesi koşullarına bağlı olarak uygulanabilecektir. Bu durum tamamen keyfi uygulamalara yol açabilecek niteliktedir.
8. Günümüzün bir zarureti olarak elektronik belgelerle ilgili uygulamada görülen sorunlarla ilgili çeşitli düzenlemeler de 7338 sayılı Kanun'da yer almaktadır.
 9. Hisse senetlerinin değerlemesinde kullanılan alış bedeli, Vergi Usul Kanunu'ndaki değerlendirme ölçüleri arasına eklenmekte ve satın alma bedeli olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca, bilançoda varlıkları değerlemesi bakımından sıkça kullanılan maliyet bedelinin kapsamı yeniden belirlenmekte, bu varlıklarla ilgili isteğe göre gider olabilen noter, harç, mahkeme, değer tespiti, komisyon ve danışmanlık giderlerinin maliyete eklenmesi zorunlu tutulmaktadır. Bunun yanında, stoklar ile diğer iktisadi kıymetlerin iktisabında oluşan kur farkı ve finansman giderlerinin maliyete eklenmesi hususunda daha önce genel tebliğler ile yapılan ve hukuka uygun olmayan idari düzenlemeler kanun metni haline getirilmektedir. Her ne kadar genel gerekçede uluslararası muhasebe standartları ile yaklaşma yazılsa da asıl sebep bu olmalıdır.
 10. Yapılan bir başka değişiklik yeniden değerlendirme konusundadır. Enflasyon düzeltilmesi sonrasında kaldırılan bu müessese varlığını geçici maddelerle devam ettirmiş ve bu kez kalıcı kanun metnine dahil edilmiştir. Detaylar mükerrer 298. maddede bulunmaktadır.
 11. Amortisman konusundaki değişikliklerle mükelleflere aktifte yeni kaydedilecek varlıklar için her yıl aktifte kalınan gün sayısına göre amortisman ayırabilme seçeneği getirilmiştir. Binek otomobilleri bu kapsamda değildir. Mükellefler Maliye'nin ilan ettiği faydalı ömürlerden kısa olmamak üzere amortisman süresini, her yıl aynı olmak şartıyla, belirlemekte serbesttirler. Ancak bu süre Maliye'nin belirlediği sürenin iki katını ve 50 yılı aşamayacaktır. Mükellefler bu tercihlerini iktisadi kıymetin envantere alındığı geçici vergi dönemi sonu itibarıyla kullanacak olup, bu şekilde belirlenen amortisman süresi ve oranı izleyen dönemlerde değiştirilemeyecektir.
 12. Vergi Usul Kanunu'nun 323. maddesine göre, yapılan protestoya veya yazı ile bir defadan fazla istenilmesine rağmen borçlu tarafından ödenmemiş bulunan dava ve icra takibine değmeyecek

derecede küçük alacaklar şüpheli alacak sayılmaktaydı. Burada sübjektif bir kavram olan küçük alacaklar kavramı objektif bir biçime çekilerek 3000 TL sınırı getirilmiştir. Vergi hukukunda belirlilik ilkesi bakımından böyle olması doğru olmuştur. Zaten bu durumun zamanında düşünülmemesi yanında bunca yıldır değiştirilmemesi anlaşılammaktaydı. Ayrıca işletme hesabı esasına tabi mükelleflere de şüpheli alacak karşılığı ayırma imkânı tanınmaktadır.

13. Uygulamada İdare ve yargı kararları arasındaki farklar uzun yıllardır sorun yaratmakta, bazıları varlığını devam ettirmektedir. Bunlardan biri olan maddi duran varlıklarla ilgili yenileme fonu uygulaması yargı kararlarına uygun şekilde değiştirilmektedir. Bu kapsamda, iktisadin kıymetin satılması sonrasında fona alınan tutar satışın yapıldığı tarihi takip eden üçüncü takvim yılının sonuna kadar pasifte geçici bir hesapta tutulabilecektir. Pasifte geçici bir hesapta tutulan bu kâr, finansal kiralama yoluyla edinilenler de dahil olmak üzere iktisap edilen bir veya birden fazla kıymetin amortismanlarına mahsup edilebilir. Benzer düzenleme 329. madde çerçevesinde ziyaa uğrayan iktisadi kıymetler için alınan sigorta tazminatları konusunda da yapılmıştır.
14. Vergi cezaları kapsamında tekerrür maddesi yeniden düzenlenmiş, artırılan ceza tutarının kesinleşmiş cezadan (kesinleşen birden fazla ceza olması durumunda bunlardan tutar itibarıyla en yüksekinden) fazla olamayacağı ifadesi eklenmiştir. Görünen tekerrür müessesesi ile ilgili problemlerin varlığını devam ettirdiğidir.

Tekerrürü düzenleyen madde yeni şekli şu şekildedir:

“Madde 339- Vergi ziyana sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, vergi ziyayı cezasında cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren beşinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar, usulsüzlükte cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren ikinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyayı cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmi beş oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Şu kadar ki artırım tutarı kesinleşen cezadan (kesinleşen birden fazla ceza olması durumunda bunlardan tutar itibarıyla en yüksekinden) fazla olamaz.

Birinci fıkrada yer alan beş ve iki yıllık sürenin hesabında, artırıma esas alınan cezaların kesinleşme tarihi dikkate alınır.”

Bu çerçevede öncelikle 2. fıkra hükmünün neden getirildiği anlaşılammaktadır. Bunun yanında görüleceği üzere, cezada tekerrür

artırımının uygulanacağı süre değişmektedir. Mevcut düzenlemede, kesinleşmeyi izleyen yılbaşından itibaren beş ve iki yıl süre içerisinde yapılan ceza artırımını, yeni düzenlemede kesinleşme tarihinden itibaren süreç başlatılarak beş ve iki yıl olarak uygulanacak ve beşinci ve ikinci yılın isabet ettiği yılın sonuna kadar tekerrür kapsamında yeni cezada artırım yapılabilecektir. Bu durum hukuken eşitlik konusunda problem yaratmaktadır. Burada kullanılan “isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar” ifadesi takvim başı ve sonunda ceza kesilen iki mükellef arasında bazen bir yıla yakın bir süre olarak eşitsizliğe sebep olmaktadır. Bazı durumlarda bu bir seneye yaklaşan bir süreyi bulabilecektir.

Bunun yanında her vergi cezasında tekerrür uygulanmaması gerekir. Tekerrür müessesinin ruhuna uygun düzenlemeler getirilmesi gerekir. Tekrar ceza kesilebilir fakat bunun zamanının tekerrür müessesine uygun olması halinde ceza artırımını yapılmalıdır. Yoksa her ceza için artırım amaçlanmadığı gibi ceza kesilmesinden önceki bir dönemin cezası sonradan uygulanıyorsa buna da artırım yapılmaması gerekir. Aksi halde tekerrür kavramına uymayan her ceza artırılacak demektir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi de aynı yönde düşünmektedir.

“Vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezası kesilen kişilere, bu cezaların kesinleştiği tarihten itibaren belirli bir süre içinde tekrar vergi ziyai cezası ya da tekrar usulsüzlük cezası kesilmesi durumunda, cezalarda artırım uygulanacağını öngören kuralda tekerrür hükmüne esas alınacak sonraki eylemin her halde ilk eylem için verilen cezanın kesinleşme tarihinden sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olması gerekir. Hukuka aykırı bir eylemin tekerrürü halinde verilecek cezanın artırılması, daha önce verilen cezanın ıslah edici olmadığı ve failin suç işleme konusundaki ısrarının daha ağır bir cezayı gerektirdiği düşüncesinden doğmaktadır. Bununla birlikte, failte tekerrür nedeniyle daha ağır bir ceza verilebilmesi, bir başka deyişle failin ıslah olmadığı ve suç işleme konusundaki ısrarının ortaya konulabilmesi için, hukuka aykırı bir eylemi failin birden çok kere gerçekleştirmiş olması tek başına yeterli olmayıp, tekerrüre esas alınan eylemi nedeniyle daha önce cezalandırılmış olmasına rağmen bu tarihten sonra aynı eylemde tekrar bulunmuş olması gerekmektedir⁸.”

15. Düzenlemede elektronik kayıt düzenine uyulmaması fiilleri birinci derece usulsüzlük cezasının kapsamına alınmıştır. Gider pusulasının hiç düzenlenmemiş sayılması yanında, belge basımında bildirim görevini tam olarak yerine getirmeyen matbaa işletmeleri için 1400

⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 20.5.2010, E. 2009/51, K. 2010/73.

TL özel usulsüzlük cezası öngörülmektedir. Ayrıca süresinde YMM tasdik raporunu ibraz etmeyenler için de özel usulsüzlük cezası öngörülmekte olup, özel usulsüzlük cezası 50.000 TL'den az ve 500.000 TL'den fazla olmamak üzere, yararlanılması tasdik raporunun ibrazı şartına bağlanan tutarın %5'i olarak kesilecektir. Ayrıca pişmanlıkla ilgili 371 maddede değişiklik yapılmış ve etki alanı genişletilmiştir. Bunların yanında, 5.000 TL'yi aşan usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları uzlaşma ve tarhiyat öncesi uzlaşma kapsamına alınmış ve V.U.K.'nun 376. maddesindeki indirimden yararlanma imkânı getirilmiştir.

16. Vergi ihtilafları ile ilgili olarak çifte vergilendirme anlaşmalarına aykırı olarak vergilendirilen veya bu yönde kuvvetli emareler olan mükelleflerin anlaşmaların “karşılıklı anlaşma usulü” hükümlerine göre çözümlenebilmesi imkânı getirilmiş ve Kanun'a eklenen Ek 14 ila 18 maddeler kapsamında söz konusu süreçle ilgili düzenlemeler yapılmıştır.
17. Geçici madde 30'da düzenlenen yeni makine ve teçhizat için getirilen bazı vergi avantajları uygulaması 31.12.2023 tarihine kadar uzatılmıştır.
18. Bu temel düzenlemelerin yanında 7338 sayılı Kanun'la Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Özel Tüketim Vergisi Kanunu ile ilgili çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

21.10.2021: Mali Eylem Görev Gücü (FATF) Türkiye'yi Gri Liste'ye ekledi

1989 senesinde kara para aklama, terörün finansmanı ve uluslararası finansal sistemin bütünlüğüne yönelik ve diğer benzer tehditlerle mücadele etmek amacıyla kurulan ve Türkiye'nin 1990 senesinde üye olduğu Malî Eylem Görev Gücü tarafından kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanını engellemede başarılı olamadığı gerekçesiyle gri listeye alındı. Bu listede yer alan ve risk içeren ülkeler eksikliklerini giderecek çalışmaları yaparak listeden çıkabilmektedir. Daha önce 2011 yılında gri listeye giren Türkiye, yapılan düzenlemelerin ardından 2014 yılında listeden çıkarılmıştı. Gri liste dışında işbirliğine yanaşmayan, İran ve Kuzey Kore gibi ülkelerin yer aldığı bir Kara Liste de bulunmaktadır.

FATF, 39 ülkeden oluşmakta, bunlardan Türkiye ile birlikte 23'ü gri listede yer almaktadır. Bu listede yer alan ülkeler: Arnavutluk, Barbados, Burkina Faso, Kamboçya, Cayman Adaları, Haiti, Jamaika, Ürdün, Mali, Malta, Fas, Myanmar, Nikaragua, Pakistan, Panama, Filipinler, Senegal,

Güney Sudan, Suriye, Türkiye, Uganda, Yemen ve Zimbabwe olup, Gana, Mauritius, Bostwana gibi ülkeler listeden çıkarılmıştır.

Gri Liste ile ilgili değerlendirmeler

Gri Liste konusunda daha önce Aralık 2019 tarihli Rapor ile FATP tarafından uyarılan Türkiye, eksiklikleri konusunda hazırladığı "Türkiye'de Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanı ile Mücadelede ve Müsadere Uygulamalarında Etkinliğin Artırılması Strateji Belgesi (2021-2025)"ni kamuoyuna duyurmuştu. FATP, bankacılık, altın ve değerli taşlar ile emlak sektörünü bu çerçevede riskli olarak görmektedir.

Bu konuda yapılan bütün olumlu çalışmalara rağmen ülkemiz bakımından en önemli sorun olarak verilen taahhütlerle uygulamanın farklı olması gösterilmektedir. Bu nedenle yapılan çalışma ve hazırlanan belgelerin bir an önce hayata geçirilmesi, uygulamanın dikkatle ve ciddiyetle takip edilmesi ve bu konuda etkili işbirliği yapılması gerekmektedir.

Halen 23 ülkenin yer aldığı gri listenin genişliği ülkelere zorlayıcı etki yaratmak amaçlıdır. Bu mücadele en önemli kısmı hukuk ayağı oluşturmaktadır. Bu alanda alınacak önlemler gidişatı bakımından belirleyici olacaktır. Özellikle çeşitli adlar altında çıkarılan vergi afları hem çıkarılmasındaki hukuk eksiklikleri hem de sebep olduğu olumsuz sonuçlar sebebiyle temel sorunlardan bir tanesini oluşturmaktadır.

Gri listede yer almak sıcak para akışında negatif sonuçlar doğurmakta ve yabancı yatırımları olumsuz etkilemekte olduğundan acil önlem alınması gerekmektedir.

Kaynakça

- 1 Mayıs 2020 tarihli mükerrer Resmi Gazete'de yayınlanan 2514 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yürürlüğe konulan "İthalat Rejimi Kararına Ek Karar".
- 13.7.1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu.
- 17 Mart 2020 tarihli 125 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri
- 17 Nisan 2020 tarihli RG'de yayınlanan 7244 sayılı "Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun".
- 18 Nisan 2020 tarihli RG'de yayınlanan Cumhurbaşkanı Kararı.
- 19.3.2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı Duyurusu.
- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu.
- 22 Mart 2020 tarihli ve 2278 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı.

- 22 Mart 2020 tarihli ve 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanı Kararı.
- 23 Mart 2020 tarihli 126 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri.
- 24 Mart 2020 tarihli 518 sayılı Vergi usul Kanunu Genel Tebliği.
- 26 Mart 2020 tarihli 1 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Sirküleri.
- 26.03.2020 tarihli 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
- 30 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair" Cumhurbaşkanı Kararı.
- 7.12.2019 tarih ve 2019/138 sayılı Vergi Sirküleri.
- 7194 Sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 7.12.2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmi Gazete.
- 7338 sayılı Kanun, 26.10.2021 tarih ve 31640 sayılı Resmi Gazete.
- 8 Mayıs 2020 tarihli 32 seri numaralı “Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 20.5.2010, E. 2009/51, K. 2010/73.
- European Commission, Brussels, 18.5.2021 COM (2021) 251 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Business Taxation for the 21st Century.
- IMF-OECD, *Tax Policy and Climate Change*, IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, April 2021, Italy.
- OECD, *Fighting Tax Crime – The Ten Global Principles, Second Edition*, Paris-2021.
- OECD, *Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*, 2020.
- OECD, *Tax Co-operation for Development: Progress report in the COVID-19 era*, OECD, Paris-2021.
- OECD, *Tax Crime Investigation Maturity Model*, Paris-2020.