

**Ankara Hacı Bayram  
Veli Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**  
ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram  
Veli University  
Faculty of Law Review**  
ISSN (online) 2667-4068

---

**Cilt XXVI, Ekim 2022, Sayı 4  
Vol. XXVI, October 2022, No. 4**

---

**Ankara 2022**

# ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

## HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Sahibi**

Prof. Dr. Yusuf TEKİN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü\***

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

**Editörle\***

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN

**Editör Yardımcıları\***

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Umay GENÇ

Arş. Gör. Ali UÇAR

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Nihan ÇITIR

Arş. Gör. Elif ALKAN

**Yayın Kurulu\***

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR

**Bu dergi yılda dört defa yayınlanır.**

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi**  
**Faculty of Law Review**

**Owner**

Prof. Dr. Yusuf TEKİN

**Editor in Chief\*\***

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

**Editors\*\***

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Assoc. Prof. Neslihan GÖKTÜRK

Assoc. Prof. Abdulkerim YILDIRIM

Assoc. Prof. Mehmet Çelebi CAN

Asst. Prof. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN

**Deputy Editors\*\***

Asst. Prof. Fatma Umay GENÇ

Res. Assist. Ali UÇAR

Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Res. Assist. Nihan ÇITIR

Res. Assist. Elif ALKAN

**Editorial Board\*\***

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Assoc. Prof. Alper Çağrı YILMAZ

Assoc. Prof. Mehtap YÜCEL BODUR

**This journal is published four times a year**

**Yayın Sekreteri / Secretary Of Publication**

Yüksel ERKAN

**ISSN: 2651 - 4141 ISSN (Online): 2667 - 4068**

**Tasarım - Dizgi: Fatma Umay GENÇ**

**Basım Yeri :**

**Basım Tarihi : Kasım 2022**

\* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\* Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

**Adres:** Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler / ANKARA, TÜRKİYE

**Tel:** +90 312 216 21 13 **Faks:** +90 312 215 01 69

**Web sitesi:** <http://www.hacibayram.edu.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

**E-posta:** [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr)

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

**ASOS**  
indeks

 **CiteFactor**  
Academic Scientific Journals

  
TÜBİTAK  
**ULAKBİM**

#### **DANIŞMANLAR KURULU**

|                               |  |
|-------------------------------|--|
| Prof. Dr. Ali AKYILDIZ        | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi                 |
| Prof. Dr. Aydın GÜLAN         | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi                |
| Prof. Dr. Mahmut KOCA         | İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ     | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Rıza AYHAN          | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Süha TANRIVER       | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ   | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN       | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi                 |
| Prof. Dr. Kadir ARICI         | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR   | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi                 |
| Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM   | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ     | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof. Dr. İlyas DOĞAN         | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK       | Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi    |
| Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ        | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Ömer ANAYURT        | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Hasan TUNÇ          | Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi     |
| Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER    | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi                  |
| Prof. Dr. İbrahim ERMENEK     | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY       | Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi     |
| Prof. Dr. Mehmet ÜNAL         | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi                 |



## Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

- **Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:**
  - Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalıdır.
  - Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
  - Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
    - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
    - ▶ 12 punto harf boyutunda,
    - ▶ Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
    - ▶ 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
    - ▶ Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
    - ▶ Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
  - Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
  - Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır.
    - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
    - ▶ 10 punto harf boyutunda,
    - ▶ Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
    - ▶ Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
    - ▶ Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- **Bölüm Başlıkları:**
  - Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
    - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
    - ▶ 12 punto harf boyutunda,
    - ▶ Kalın
    - ▶ Paragrafların ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
    - ▶ Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
    - ▶ İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
    - ▶ Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
  - Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
  - İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);

- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla (1), (2), (3), (4), (5) vd. numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
  - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
  - ▶ 12 punto harf boyutunda,
  - ▶ Kalın,
  - ▶ Bütün harfler büyük,
  - ▶ Paragrafların ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
  - ▶ Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

## **GİRİŞ**

### **I. AYNİ İKAME İLKESİ**

### **II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI**

#### **A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi**

##### **1. Genel Olarak**

##### **2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması**

##### **3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları**

###### **a. Eşlerin hakları**

###### **b. Eşlerin borçları**

#### **B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Mal varlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması**

##### **1. Genel Olarak**

##### **2. Eşlerin Kişisel Malları**

##### **3. Aileye Özgülenen Mallar**

###### **a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallar**

###### **b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar**

###### **c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması**

##### **(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi**

##### **(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması**

## SONUÇ

### • Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

### • Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

### • Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
  - ▶ 12 punto harf boyutunda,
  - ▶ Kalın,
  - ▶ Tümü büyük harflerle,
  - ▶ 1,5 satır aralığı ile,
  - ▶ Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - ▶ Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve anahtar kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
  - ▶ 12 punto harf boyutunda,
  - ▶ İtalik,
  - ▶ Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
    - ▶ Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
    - ▶ Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
    - ▶ Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleleri bulunmalıdır.

- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
  - ▶ 12 punto harf boyutunda,
  - ▶ Kalın,
  - ▶ Tümü büyük harflerle,
  - ▶ 1,5 satır aralığı ile,
  - ▶ Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - ▶ Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
  - ▶ 12 punto harf boyutunda,
  - ▶ İtalik,
  - ▶ Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - ▶ Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - ▶ Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - ▶ Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
  - ▶ Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimelerde ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,12 punto harf boyutunda,
  - ▶ Kalın,
  - ▶ Tümü büyük harflerle,
  - ▶ 1,5 satır aralığı ile,
  - ▶ Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - ▶ Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
  - ▶ 12 punto harf boyutunda,
  - ▶ İtalik,



- ▶ Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - ▶ Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - ▶ Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - ▶ Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
  - ▶ Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimelerde ekleyebilir.
  - Almanca dilinde ve Yayın Kurulu’na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelemleri bulunmalıdır.
  - Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümelemlerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
    - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
    - ▶ 12 punto harf boyutunda,
    - ▶ Kalın,
    - ▶ Tümü büyük harflerle,
    - ▶ 1,5 satır aralığı ile,
    - ▶ Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
    - ▶ Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - Özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelemlerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
    - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
    - ▶ 12 punto harf boyutunda, İtalik,
    - ▶ Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
    - ▶ Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
    - ▶ Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
    - ▶ Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
    - ▶ Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- **Atıf Kuralları:**
    - Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
    - **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for

Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.

Kitaplar:

Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa. Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s.89.

Kitap Bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün (Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa,

Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilgi Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “ Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı) Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelenmenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19 (2), 2013, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar:

Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64 (1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238. **Eğer ayna kaynağa tekrar atıf yapılıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyada, Sayfa Numarası,

Örnek: Ayhan, s. 90.

Ayna yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, *Ticari İşletme*, s. 213.

Ayhan, *Kar Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**

• **Kaynakça:**

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminde bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.

- Her bir kaynak;
    - ▶ Times New Roman yazı karakterinde,
    - ▶ 12 punto harf boyutunda,
    - ▶ Tek satır aralığıyla,
    - ▶ Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
    - ▶ İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
  - Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
  - Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir. Örnek: Ayhan R. Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007. Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, *AÜHFD*, 64 (1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.
- **Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.**
  - **Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.**
  - **Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.**
  - **Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.**

## WRITING RULES

- **Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:**
  - Articles should be written in “Microsoft Word” software.
  - The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
  - The main text of the article should be written in accordance with the following rules:
    - ▶ Times New Roman font,
    - ▶ 12 pt font size,
    - ▶ Justify alignment,
    - ▶ 1.5 line spacing,
    - ▶ 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
    - ▶ 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
  - Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
  - The footnotes should be written in accordance with the following rules:
    - ▶ In Times New Roman font,
    - ▶ 10 pt font size,
    - ▶ Justify alignment,
    - ▶ Single line spacing,
    - ▶ 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.
- **Chapter Titles**
  - All headings should be written in accordance with the following rules:
    - ▶ Times New Roman font,
    - ▶ 12 pt font size,
    - ▶ Bold,
    - ▶ Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
    - ▶ The first degree headings - all uppercase;
    - ▶ The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
    - ▶ The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.
  - The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);

- The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);
- The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.
- How other headings will be numbered is optional.
- “CONCLUSION” and (if any) “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:
  - ▶ Times New Roman font,
  - ▶ 12 pt font size,
  - ▶ Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs),
  - ▶ Bold,
  - ▶ All letters are uppercase,
  - ▶ These headings should not be numbered.

Example:

## **GİRİŞ**

### **I. AYNİ İKAME İLKESİ**

### **II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI**

#### **A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi**

##### **1. Genel Olarak**

##### **2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması**

##### **3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları**

###### **a. Eşlerin hakları**

###### **b. Eşlerin borçları**

#### **B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Mal varlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması**

##### **1. Genel Olarak**

##### **2. Eşlerin Kişisel Malları**

##### **3. Aileye Özgülenen Mallar**

- a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallar
  - b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar
  - c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve aynı ikame uygulaması
- (1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve aynı ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi
  - (2) Aileye özgülenen mallar kapsamında aynı ikame ilkesi uygulaması

Example:

## INTRODUCTION

### I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND

### II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

#### A. Shared Separation of Goods Regime

##### 1. Generally

##### 2. Commencement of Shared Property Separation Regime

##### 3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime

###### a. Rights of spouses

###### b. Spouses' debts

#### B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

##### 1. Generally

##### 2. Spouses' Personal Property

##### 3. Family-Specific Goods

###### a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family

###### b. Investments to secure the economic future of the family

###### c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

##### (1) Examination of the concept of “substitute values” and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods

##### (2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

## CONCLUSION

### • Word Count:

- The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.

- Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.
- **Language to be Used in Articles:**
  - Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal. However, it is also possible to publish academic studies in other foreign languages that are deemed appropriate by the Editorial Board. The Latin alphabet should be used in the writing of the articles.
- **Main Title, Abstract and Keywords:**
  - The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:
    - ▶ Times New Roman font,
    - ▶ 12 pt font size,
    - ▶ Bold,
    - ▶ Center alignment,
    - ▶ 1.15 line spacing,
    - ▶ 6 pt paragraph spacing after the heading,
    - ▶ All uppercase,
  - Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
  - Abstract and Keywords should be written in accordance with the following rules:
    - ▶ Times New Roman font,
    - ▶ 12 pt font size,
    - ▶ Italic,
    - ▶ Justify alignment,
    - ▶ Single line spacing,
    - ▶ 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
    - ▶ No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
    - ▶ The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
  - **In the articles written in Turkish, after the abstract and keywords, English translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.**
  - The English translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
    - ▶ Times New Roman font,

- ▶ 12 pt font size,
- ▶ Bold,
- ▶ Center alignment,
- ▶ 1.15 line spacing,
- ▶ 6 pt paragraph spacing after the heading,
- ▶ All uppercase,
- The English translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
  - ▶ Times New Roman font,
  - ▶ 12 pt font size,
  - ▶ Italic,
  - ▶ Justify alignment,
  - ▶ Single line spacing,
  - ▶ 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
  - ▶ No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
  - ▶ The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- In addition to the English title, abstract and keywords, the author can add German title, abstract and keywords to the academic work.
- In the articles written in English, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
- In the articles written in English, after the abstract and keywords, Turkish translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.
- The Turkish translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
  - ▶ Times New Roman font,
  - ▶ 12 pt font size,
  - ▶ Bold,
  - ▶ Center alignment,
  - ▶ 1.15 line spacing,
  - ▶ 6 pt paragraph spacing after the heading,
    - ▶ All uppercase,
- The Turkish translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
  - ▶ Times New Roman font,
  - ▶ 12 pt font size,
  - ▶ Italic,



- ▶ Justify alignment,
- ▶ Single line spacing,
- ▶ 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
- ▶ No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- ▶ The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- **In the articles written in German or other foreign languages that will be deemed appropriate by the Editorial Board, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.**
- In the articles written in German, after the abstract and keywords, Turkish and English translations of the Main Title, summary and five keywords should be added
- The Turkish and English translations of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
  - ▶ Times New Roman font,
  - ▶ 12 pt font size,
  - ▶ Bold,
  - ▶ Center alignment,
  - ▶ 1.15 line spacing,
  - ▶ 6 pt paragraph spacing after the heading,
  - ▶ All uppercase,
- The Turkish and English translations of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
  - ▶ Times New Roman font,
  - ▶ 12 pt font size,
  - ▶ Italic,
  - ▶ Justify alignment,
  - ▶ Single line spacing,
  - ▶ 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
  - ▶ No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
  - ▶ The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- **Citations:**
  - Sources should be cited in the footnotes.
  - When a source is cited for the first time, the reference should be written in accordance with the following rules. In cases where there is no rule in the citation procedure detailed below, the OSCALA (The Oxford University

Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.

Books: Name and Surname, *Book Title*, Published, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Rıza Ayhan, *Commercial Business Law*, 2nd Edition, Turhan, 2007, p. 89.

Book chapters: Name Surname, “Subject (Chapter) Name”, Editor(s) Name and Surname (Ed.), *Book Title*, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “The Debt Relationship of the Shareholder with the Company in Joint Stock Companies”, Erol Ulusoy (Ed.), *Individual and Minority Shareholder Rights in Joint Stock Companies*, Bilge Publishing House, 2016, p. 143.

Articles: Name Surname, “Article Title”, *Journal Name*, Volume (Issue), Year, Referenced Page.

Example: Cumhuriyet Şahin, “The Scope of the Investigation on the Objection to the Decision of Postponing the Announcement of the Judgment”, *Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies*, Prof. Dr. Gift to Nur Centel, 19(2), 2013, p. 293.

Resources available on the Internet:

Example: Abdülkerim Yıldırım, “Assurance of the Tenant in the Leases of Residential and Roofed Workplaces”, *AUHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, p. 238.

- If the same source is cited again, the reference should be written in accordance with the following rules.

- For references to a single work of an author: Author’s Surname, Page Number

Example: Ayhan, p. 90.

- In references to more than one work by the same author, the title of the Works should be abbreviated to distinguish it from other works of the author:

Example: Ayhan, *Commercial Enterprise*, p. 213.

Ayhan, *Dividend*, p. 100.

- **Bibliography**

- At the end of the article, there should be a “BIBLIOGRAPHY” page listing the sources used in the article.
- “BIBLIOGRAPHY” should be on the next page after the end of the text.
- The bibliography should be listed alphabetically according to the surnames of the authors.
- The bibliography should be written in accordance with the following rules:

- ▶ Times New Roman font,
  - ▶ 12 pt font size,
  - ▶ Justify alignment,
  - ▶ Single line spacing,
  - ▶ 6 pt paragraph spacing after paragraphs,
  - ▶ Hanging paragraph indent for the first line.
- In the bibliography, it is not mandatory to include the court decisions cited in the text.
  - In the bibliography, the sources should be written in accordance with the following examples:

Example: Ayhan R, *Commercial Business Law*, 2nd Edition, Turhan, 2007.

Example: Yıldırım A, “Tenant’s Assurance in Housing and Roofed Workplace Leases”, *AUHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/>

issue/42392/510636>, Access Date 15 December 2020, pp. 237-266.

- **Academic studies submitted without being prepared in accordance with abovementioned requirements will be rejected or requested to be edited.**
- **For detailed information about submitting articles to the Journal, see Ethical Principles and Publication Policy.**
- **Author or authors’ information should be given in the “Cover” form. Since the file from the author will be directed directly to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.**
- **In addition to the “Cover” form, the “Ethical Declaration Form” and the “Copyright Transfer Form” must be filled and uploaded to the system. Otherwise, the review process will not continue.**



**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Cilt XXVII**

**Ekim 2022**

**Sayı 4**

**İÇİNDEKİLER**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

|   |     |
|---|-----|
| İHALENİN FESHİ HAKKINDA 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ / Kudret ASLAN .....                                      | 1   |
| ELEKTRİK PİYASASINDA MÜCBİR SEBEP KAVRAMI VE UYGULAMASI / Fatih DOĞAN .....   | 37  |
| OKULLARDA AKRAN ZORBALIĞININ ÖZEL HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ / Ayşe Nur KILINÇ .....   | 63  |
| KAZANÇ PAYLAŞMA YASAĞINI İHLALİN SENDİKALAR BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI / Gökhan TÜRE .....   | 103 |
| TARIMSAL ARAZİNİN SONRADAN TARIM DIŞI AMAÇLARLA KULLANILMASINDAN DOLAYI DEĞER ARTIŞI VE MİRASÇILARIN DEĞER ARTIŞINI TALEP ETMESİ / Gülistan AŞAN .....    | 141 |
| SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA İÇSEL BİLGİ KAVRAMINA İLİŞKİN KAMUSAL MÜDAHALE SİSTEMLERİ: AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRKİYE KARŞILAŞTIRMASI / Hanife ERGÜN AKSU ..... | 165 |

**KAMU HUKUKU**

|   |     |
|---|-----|
| İDÂRİ YARGILAMA USÛLÜNDE DÂVÂ AÇMA SÜRESİNE İLİŞKİN GÜNCEL KARARLAR ÜZERİNE BÂZİ MÛLÂHAZALAR / Ramazan ÇAĞLAYAN ..... | 207 |
| TÜRK CEZA KANUNUNUN 85. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BAĞLANTILI SORUNLAR / Neslihan GÖKTÜRK .....  | 247 |
| MERİTOKRASİ / Gülden ÇAMURCUOĞLU .....  | 269 |
| MÛLTECİLERİN İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN ROLÜ / Ertuğrul YAZAR .....                           | 313 |

\* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.



**Ankara Hacı Bayram Veli University**  
**Faculty of Law Review**

**Vol. XXVII**

**October 2022**

**No. 4**

**CONTENTS\***

**ARTICLES**

**PRIVATE LAW**

|  |     |
|--|-----|
| TERMINATION OF THE TENDER AMENDMENTS MADE THROUGH LAW NO 7343 AND THEIR EVALUATION / Kudret ASLAN.....   | 1   |
| THE CONCEPT AND IMPLEMENTATION OF FORCE MAJEURE IN THE ELECTRICITY MARKET / Fatih DOĞAN .....  | 37  |
| AN ANALYSE OF SCHOOL BULLYING IN TERMS OF TURKISH PRIVATE LAW / Ayşe Nur KILINÇ.....   | 63  |
| LEGAL CONSEQUENCES OF VIOLATION OF THE PROHIBITION OF DISTRIBUTION OF EARNINGS WITH REGARD TO TRADE UNIONS / Gökhan TÜRE .....                                   | 103 |
| INCREASE IN VALUE AFTER NON-AGRICULTURAL USE OF AGRICULTURAL LANDS AND DEMANDING INCREASED VALUE BY THE HEIRS / Gülistan AŞAN .....                              | 141 |
| PUBLIC INTERVENTION SYSTEMS REGARDING THE NOTION OF INSIDE INFORMATION IN CAPITAL MARKETS LAW: COMPARISON OF EUROPEAN UNION AND TURKEY / Hanife ERGÜN AKSU ..... | 165 |

**PUBLIC LAW**

|  |     |
|--|-----|
| SOME REMARKS ON CURRENT DECISIONS REGARDING THE PERIOD OF LEGAL ACTION IN ADMINISTRATIVE TRIAL PROCEDURE / Ramazan ÇAĞLAYAN..... | 207 |
| LEGAL NATURE OF THE SECOND PARAGRAPH OF ARTICLE 85 OF THE TURKISH PENAL CODE / Neslihan GÖKTÜRK.....                             | 247 |
| MERITOCRACY / Gül den ÇAMURCUOĞLU .....  | 269 |
| THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT THROUGH THE PROTECTION OF THE HUMAN RIGHTS OF REFUGEES / Ertuğrul YAZAR .....               | 313 |

---

\* Articles are drawn up according to the title and surname of the authors.





# ÖZEL HUKUK >>



# İHALENİN FESHİ HAKKINDA 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kudret ASLAN\*

## ÖZET

7343 sayılı Kanunla, İcra ve İflas Kanunu'nun ihalenin feshine ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda, talepte bulunacak kişiler, sadece tapu sicilindeki ilgililerle sınırlı tutulmamış, mahcuzun resmi sicilde kayıtlı bulunan ilgilileri ve sınırlı aynı hak sahipleri de bunlara ilave edilmiş, böylece ihalenin feshini talep edebilecek olanların kapsamı isabetli olarak genişletilmiştir. İhalenin feshini talep edebilecek bazı kimseler bakımından, yarısı peşin olmak üzere nispi harç ödeme zorunluluğu getirilmiş, talebin reddi halinde dahi, kalan harcın nispi olarak ödenmesi zorunluluğu kabul edilmiştir. Ayrıca harç ödemek zorunda olan kişiler bakımından, ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterme zorunluluğu da kabul edilmiştir. Harç ödeme ve teminat gösterme zorunluluğu, özellikle pey sürerek ihaleye katılan ve ihalenin feshini isteyen kişiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Üstelik bu kişiler, ihalenin feshi talebi esastan ya da feragat nedeniyle reddedilirse, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına da mahkûm edilebilecektir. Bir tepki hükmü mahiyetini taşıyan bu hükümler ve yaptırımlar, ihalenin feshi taleplerinin kötüye kullanılmasına, ihalenin ve icra takibinin sürüncemede bırakılmasına engel olma amacı taşımaları noktasında savunulabilir. Ancak diğer taraftan, söz konusu hükümlerle getirilen düzenlemelerin, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadıkları ve hak arama özgürlüğü ve adalete erişimin önünde potansiyel bir engel oluşturdukları da söylenebilir.

**Anahtar Kelimeler:** 7343 Sayılı Kanun, İhalenin Feshi, İhale, İcra ve İflas Kanunu, İcra ve İflas Hukuku.

## TERMINATION OF THE TENDER AMENDMENTS MADE THROUGH LAW NO 7343 AND THEIR EVALUATION

### ABSTRACT

With Law No. 7343, significant amendments were made in the provisions of the Execution and Bankruptcy Law regarding the termination of the tender. In this context, individuals who will make the request are not limited to the persons in the land registry but also the persons registered in the official registry and the limited real rights holders, thus expanding the scope of those who can request the termination of the tender. Regarding for some individuals who might demand the termination of the tender, an obligation to pay a proportional fee, half of which is in advance, has been introduced, and even in the case of rejection of the request, the obligation to pay the remaining fee proportionally has been accepted. In addition, the obligation to provide security for costs of five per cent of the tender price has been accepted for those who have to pay fees. The obligation to pay fees and show security for costs will find

---

\* Doç. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA, e-posta: k.aslan@etu.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-5689-9778

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1131434

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15/06/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/10/2022

*application, especially in terms of those who participate in the tender by plowing and requesting the tender's termination. Moreover, these individuals may be sentenced to a fine of up to ten per cent of the tender price if the request for termination of the tender is rejected on the merits or due to a waiver. These provisions and sanctions, which are in the nature of a response provision, can be defended to prevent the misuse of requests for termination of the tender and the procrastination of the tender and enforcement proceedings. But, on the other hand, it can be said that the regulations introduced by the abovementioned provisions are incompatible with the principle of proportionality and constitute a potential obstacle to the right to seek justice and access to justice.*

**Keywords:** Law No. 7343, Termination of the tender, tender, Code of Enforcement and Bankruptcy, enforcement and bankruptcy law.

## GİRİŞ

7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>1</sup>, İcra ve İflas Kanunu'nda bazı önemli değişiklikler yapmıştır. Yapılan değişikliklerden bir kısmı "ihalenin feshi" hakkındadır. Söz konusu kanun ile ihalenin feshi kurumu bütünüyle değiştirilmese bile, çok önemli düzenlemeler yapılmış, ilgili maddelere yeni hükümler eklenmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere burada kısaca ifade etmek gerekirse, ihalenin feshini isteyebilecek olanlar, ihalenin feshini isteyen bazı kişilerin harç ve teminat yatırması ve para cezası ödemesi, ihalenin feshini isteme süresi ve ihalenin sonuçlarına<sup>2</sup> ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada esas olarak yapılan değişiklikler ele alınmaktadır.

Bilindiği üzere ihalenin feshi, bir kamusal işlem<sup>3</sup> olan cebri artırma ve ihalenin hukuka uygun olup olmadığını şikâyet üzerine denetleyen icra mahkemesinin, işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık (yolsuzluk) saptaması halinde, bu cebri icra işlemi iptal etmesidir<sup>4</sup>. Bir başka ifadeyle, ihalenin feshinde devletin cebri icra organı tarafından yapılan ihale işleminde,

<sup>1</sup> Bkz. RG. 30.11.2021, S. 31675.

<sup>2</sup> İnceleme konumuz "ihalenin feshi" ile sınırlı tutulduğu için, İİK m. 134'de ihalenin sonuçlarına ilişkin olarak yapılan değişiklikler üzerinde durulmamıştır. Ancak yapılan değişikliklerin kısaca belirtilmesinde yarar vardır. 7343 sayılı kanunla İİK m. 134/1'e eklenen yeni hükme göre "İhale alıcısının talebi üzerine icra dairesi, satışı yapılan taşınmazda kira sözleşmesine bağlı olarak oturan kişiye kira bedelini, diğer hâllerde ise taşınmazı kullanan kişiye bilirkişi marifetiyle tespit edilen aylık kullanım bedelini icra dairesine yatırmasını emreder. İlgili, ihtara rağmen kirayı veya belirlenen bedeli icra dairesine yatırmazsa hakkında 356 ncı madde hükmü kıyasen uygulanır. Bu şekilde depo edilen bedel, ihalenin sonucuna göre hak sahibine ödenir". Yine İİK m. 134 hükmünün 7343 sayılı kanunla değişik dokuzuncu fıkrasına göre "İhale kesinleşmedikçe ve ihale konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazır hâle getirilmedikçe ihale bedeli alacaklılara ödenmez. İhale konusu malın teslim edilemeyeceği veya teslim hazır hale getirilemeyeceği durumlarda ihale icra müdürü tarafından iptal olunarak ihale bedeli alıcısına ödenir". Yine ihalenin sonucuyla bağlantılı olarak İİK m. 135/2 hükmüne eklenen hükme göre taşınmazın ihale alıcısı adına tescilinden sonra henüz tahliye yapılmadan taşınmazı ihale alıcısından satın alan da bu fıkra gereğince tahliye isteme hakkına sahiptir".

<sup>3</sup> Ramazan Arslan, *İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 52 vd.

<sup>4</sup> Arslan, s. 73; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. B., Yetkin Yayınları, 2021, s. 349; Ömer Çon, *İhalenin Feshi*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 6.

fesih sebeplerinden birinin bulunduğu iddiasıyla söz konusu ihale işleminin iptali istenir. Cebri icra yoluyla yapılan açık artırma ile satış, adi bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>5</sup>. Bu nedenle, cebri icra satışlarının feshi de cebri icra hukuku kurallarına göre olmalıdır<sup>6</sup>. İhaleinin feshi kurumu da İİK'na bu amaçla konulmuştur.

İhaleinin hangi sebeplerle feshinin istenebileceği İİK m. 134'de açıkça düzenlenmemiş, TBK m. 281'deki sebeplere atıf yapılmıştır<sup>7</sup>. Buna göre, satışa hazırlık işlemleri öncesinde ve hazırlık işlemlerinde usulsüzlük, artırmanın ve ihaleinin yapılmasında usulsüzlük, kanuna ve ahlaka aykırı bir şekilde ihaleye fesat karıştırılmış olması ve alıcının malın esaslı özelliklerinde yanıltılmış olması, ihaleinin feshi nedeni teşkil etmektedir<sup>8</sup>.

İhaleinin feshi şikâyet yoluyla icra mahkemesinden istenmektedir. Şikâyetin hukuki niteliği tartışmalı<sup>9</sup> ise de, kanımızca da şikâyet teknik anlamda bir dava olmayıp, icra ve iflas hukukunda düzenlenmiş kendine özgü bir hukuki çaredir<sup>10</sup>. Bu nedenle ihaleinin feshi de (uygulamada hatalı olarak kullanıldığı gibi) bir dava olarak nitelendirilemez<sup>11</sup>. Zira şikâyetin kendisi hukuki nitelik olarak bir dava olmadığına göre, şikâyet usulüne tabi olan ihaleinin feshi de teknik anlamda bir dava olamaz.

İhaleinin feshine ilişkin hükümler her ne kadar taşınmazların paraya çevrilmesine<sup>12</sup> ilişkin hükümler arasında yer almakta ise de, bu hükümlerin taşınır mallara ilişkin ihaleinin feshi bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir<sup>13</sup>.

Bu kısa açıklamadan sonra belirtmek gerekir ki, 7343 sayılı Kanun, ihaleinin feshine ilişkin bütün hükümlerde değişiklik yapmadığı için, biz de sadece değişiklik yapılan hükümleri inceleyeceğiz. Söz konusu değişikliklerin aşağıdaki şekilde tasnif edilerek

<sup>5</sup> Arslan, s. 54 vd., s. 157; Sıtkı Akyazan, *Cebri İcrada İhale ve İhaleinin Feshi*, Kurtulmuş Matbaası, 1959, s. 74, 76; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 4. B., İstiklal Matbaacılık, 1960, s. 160; Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 4. B., Sıralar Matbaası, 1954, s. 300; İlhan Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 4. B., Fakülteler Matbaası, 1982, 443; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 7. B., Nesil Matbaacılık, 2000, s. 293; Mine Erturgut, *İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Yetkin Yayınları, 2000, s. 33; Mert Namlı, *İcra Hukukunda Taşınmazların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 322 vd.; Murat Dönmez, *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 9.

<sup>6</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. 2. B., Adalet Yayınevi, 2013, s. 700; Arslan, s. 157.

<sup>7</sup> Çon, s.29.

<sup>8</sup> İhaleinin feshi sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, s. 701 vd.; Üstündağ, s. 342 vd.; Arslan, s. 76 vd.; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhaleinin Feshi*, 1. B., Adalet Yayınevi, 2016, s. 336 vd.; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. B., Yetkin Yayınları, 2010, s. 737 ed.; Çon, s. 30 vd.; Dönmez, s. 403 vd.

<sup>9</sup> Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntı için bkz. Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, (2017). *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. B., Vedat Kitapçılık, 2017, s. 12 vd.

<sup>10</sup> Pekcanitez/Simil, s. 39-40.

<sup>11</sup> Arslan, s. 157, 184; Çon, s. 18.

<sup>12</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Namlı, s. 129 vd.

<sup>13</sup> Arslan, s. 74

incelenmesi mümkündür.

## I. İHALENİN FESHİNİ İSTEYEBİLECEK OLANLAR BAKIMINDAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

7343 sayılı Kanunun 27 nci maddesiyle İİK'nun 134 üncü maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliğe göre, artık *ihalenin feshini, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgilileri ve sınırlı ayni hak sahipleri* isteyebilecektir.

İhalenin feshini eskiden olduğu gibi yine satış isteyen alacaklı, borçlu ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler<sup>14</sup> de talep edebilecektir<sup>15</sup>. Bu konularda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Yapılan değişiklik, hükmün eski halinde geçen “tapu sicilineki ilgililer” ifadesinin, “mahcuzun resmi sicilinde kayıtlı olan ilgililer” şeklinde değiştirilmiş olması ve ayrıca “ve sınırlı ayni hak sahipleri” ibaresinin hükme eklenmiş olmasıdır.

Bu değişiklik sonrası oluşan hükmün yeni haline göre, ihalenin feshini isteyebilecek olanların<sup>16</sup> kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Kanaatimizce bu değişiklik, yerinde ve isabetlidir. Değişiklik öncesi ihalenin feshi bakımından sadece tapu sicilineki ilgililerin dikkate alınması, diğer resmi sicillerin dikkate alınmaması doğru bir düzenleme değildi ve doktrinde eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi<sup>17</sup>. Hükmün yeni haline göre artık sadece tapu sicilineki ilgililer değil, trafik sicili, gemi sicili, marka ve patent sicili gibi diğer resmi sicillerdeki ilgililer de ihalenin feshini talep edebilecektir<sup>18</sup>.

Bunun yanında, sınırlı ayni hak sahiplerinin de ihalenin feshini talep edebileceği isabetli bir şekilde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Sınırlı ayni hak sahiplerinin de ihalenin feshini isteyebilmesi için, söz konusu hakkın sicile kayıtlı olması şarttır. Sicile kayıtlı olmayan sınırlı ayni hak sahipleri, ihalenin feshini talep edemeyecektir. Zira İİK m. 134/2

<sup>14</sup> Alacaklı, borçlu ve pey sürerek ihaleye iştirak edenlerin ihalenin feshini talep etmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, s. 361 vd.; Arslan, s. 163 vd.; Muşul, s. 417 vd.; Çon, s. 91 vd.

<sup>15</sup> İhalenin feshini talep edebilecek olanlar Kanunda sınırlı olarak düzenlenmiştir. Kanunda kullanılan “yalnız” ifadesi bu konuda genişletici bir yoruma engel teşkil etmektedir. Bkz. Güray Erdönmez, “İcra ve İflas Hukukunda İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 4 (10), 2008, s. 358 vd.; Bilgehan Yeşilova, “İcra ve İflas Kanunu’na Göre Taşınırın Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalenin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Emel Hanağası/Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. 2, Yetkin Yayınları, 2015, s. 1798; Kuru, s. 711; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 7. B., On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 232; Muşul, İcra, s. 744; Muşul, s. 400; Çon, s. 90; Dönmez, s. 442 vd. Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 23.6.2021, 6025/6869, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022. Ancak İsviçre hukukunda, ihalenin feshini isteyebilecek kişiler sınırlı olarak düzenlenmemiştir; her somut olaya göre feshi isteyen kişinin hukuki yararı olup olmadığına göre sonuca gidilmektedir. Bu açıdan hukukumuzda ihalenin feshini talep edenlerin sınırlı olarak düzenlenmesi, hak kayıplarına neden olabileceği için eleştirilebilir. Bkz. Erdönmez, s. 359 vd.

<sup>16</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Arslan, s. 161 vd.; Üstündağ, s. 346 vd., Çon, 90 vd.

<sup>17</sup> Bkz. Erdönmez, s. 359 vd.; Yeşilova, s. 1790 vd.

<sup>18</sup> Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. B., Yetkin Yayınları, 2022, s. 323.

hükümünde açıkça “*mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgilileri ve sınırlı aynı hak sahipleri*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükümde geçen “resmi sicile kayıtlı olma” şartını sadece “ilgililer” bakımından değil, sınırlı aynı hak sahipleri bakımından da aramak gerekecektir. Esasen sicile kayıtlı olan sınırlı aynı hak sahipleri tapu sicilindeki ilgililerin kapsamına dahil olacağından, ihalenin feshini de talep edebilecektir. Bu bağlamda, intifa hakkı, süknâ hakkı sahipleri ile ipotekli alacaklılar, ihalenin feshini talep edebilecektir. Ancak sınırlı aynı hak sahiplerinin ihalenin feshini isteyebilmeleri için, aynı hakkın geçerli olarak kurulmuş ve bu hakları ileri sürme yetkisinin ihaleden önce sona ermemiş olması gerekir. Fakat belirtmek gerekir ki, aynı hakkın geçerliliği dava konusu yapılmış olsa bile, tapu kaydının gerçeği yansıtmadığı bir mahkeme kararıyla ortaya konmadıkça, tapu sicilinde hak sahibi görünen kişi ihalenin feshini talep edebilecektir. Kuşkusuz, fesih sebebinin, sınırlı aynı hak sahiplerinin menfaatlerini etkilemesi de gerekir<sup>19</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, özellikle taşınırlar üzerinde kurulan ve bir sicile kayıtlı olmayan sınırlı aynı hak sahipleri, ihalenin feshini talep edemeyecektir. Çünkü biraz önce de belirtildiği gibi getirilen yeni düznelmeye göre ancak mahcuzun resmi sicilinde kayıtlı olan sınırlı aynı hak sahipleri ihalenin feshini talep edebilmektedir. Oysa yapılan düzenlemenin, sicile kayıtlı olmayan taşınırlar üzerindeki sınırlı aynı hak sahiplerini de kapsamına alması daha isabetli olurdu.

Tapu sicilindeki ilgililere<sup>20</sup> örnek olarak; ipotek alacaklıları, irtifak hakkı sahipleri, aynı borçlu aleyhine icra takibi yaptığı dosyadan satış istemiş olsa bile haciz alacaklıları, paylı mülkiyet satışında taşınmazın diğer paydaşları, taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını iktisap etmiş olanlar<sup>21</sup>, tapu siciline şerh verilmiş ön alım, alım ve geri alım hakkı sahipleri ile tapu siciline şerh<sup>22</sup> verilmiş olan taşınmaz satış vaadi alacaklısı, ihtiyati haciz sahibi alacaklılar<sup>23</sup>, cebri satışı da önleyecek şekilde lehine ihtiyati tedbir<sup>24</sup> kararı almış olan kişiler verilebilir<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 376.

<sup>20</sup> Yargıtay’a göre tapu sicilindeki ilgililerin saptanmasında ihale tarihi esas alınmalıdır. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 8.2.2016, 669/2977, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 9.6.2022.

<sup>21</sup> “... Somut olayda, ihale konusu taşınmazın tapu kaydının incelenmesinde, şikâyetçinin, satış tarihinden önce ihale konusu taşınmazın 4/160 hissesini 27.12.2005 tarihinde satış yolu ile iktisap ettiği görülmektedir. Bu durumda şikâyetçi, İİK’nun 134/2. maddesi gereğince ihalenin feshini isteyebilecek tapu sicilindeki ilgili sıfatını haiz olup aktif husumet ehliyeti bulunmaktadır...” Y. 12. HD. 27.4.2016, 167/12445, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

<sup>22</sup> Kişisel haklar tapu siciline şerh verilmemiş ise ihalenin feshini isteme yetkisi vermez. Tapu siciline şerh verilmeleri halinde ise, aynı hak değişikliği meydana getirip getirmediğine bakılmaksızın, bu haklara sahip olanlar, hukuki yararları bulunmak kaydıyla ihalenin feshini talep edebilir. Erdönmez, s. 379-380; Kuru, s. 712-713.

<sup>23</sup> Erdönmez, s. 381-382; Semih Öktemer, “İhalenin Feshi Davasını Açma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, 18 (3), 1992, s. 403.

<sup>24</sup> İhaleden önce alınmış ve tapu siciline şerh verilmiş olan ihtiyati tedbiri koyduranın, ihalenin feshini isteyebilmesi için, tedbir kararında mutlaka satışı engelleyecek ibaresinin bulununmasının gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Kanaatimizce de, ihtiyati tedbir kararında, hacizli malın cebri icra yoluyla satışının

Bu bağlamda özellikle, taşınmazın ihalesi farklı bir takip dosyasından yapılırsa bile, taşınmaz üzerine haciz koydurmuş olan alacaklı, tapu sicilindeki ilgili sayılacağından ihalenin feshini talep edebilecektir<sup>26</sup>.

Öte yandan, Yargıtay'a göre, tapu sicilindeki ilgililerden, tapu sicil kaydında yazılı olan ve tapu sicil kaydının incelenmesi ile görülebilen kişiler anlaşılmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre; “...İhale öncesinde tapuya tescil yapılmadan kesinleşmiş mahkeme kararı ile TMK'nın 705. maddesi uyarınca taşınmaz mülkiyetini kazanan kişi İİK'nın 134. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen" tapu sicilindeki ilgili" konumunda olmadığından ihalenin feshini isteme hakkı yoktur. Ancak bu kişi TMK'nın 705. maddesi uyarınca mülkiyet hakkına sahip olduğundan maddi hukuktan kaynaklanan bu hakkına dayanarak genel mahkemelerde TMK'nın 1025. maddesine göre yolsuz tescil hukuksal nedenine dayanarak genel mahkemelerde tapu iptali ve tescil davası açabilirler. TMK'nın 705. maddesinin 2. fıkrası mahkeme kararı ile tescilden önce taşınmazın mülkiyetini kazanan yeni malikin tasarruf işlemleri yapabilmesini mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlamıştır...”<sup>27</sup>.

Bu kararda da vurgulandığı üzere, Yargıtay'a göre, "tapu sicilindeki ilgililer" ifadesinin kapsamına, tapu sicilinde tescil edilmemiş mülkiyet veya sınırlı aynı hak sahipleri

---

önlenmesine şeklinde bir kayıt bulunmasa dahi, ihalenin feshini isteyebilmesi gerekir. Bu konudaki görüşler ve Yargıtay uygulaması için bkz. Muhammet Özekes, “Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu”, *GSÜHFD*, (1), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, s. 533 vd.; Erdönmez, s. 382 vd.

<sup>25</sup> Örneğin bkz. Y. 12. HD. 23.6.2021, 6025/6869, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi 10.6.2022. Bu konuda ayrıca bkz. bkz. Kuru, s. 712-713; Arslan, s. 166-167; Erdönmez, s. 377 vd.; Muşul, s. 421 vd.; Çon, s. 96 vd.

<sup>26</sup> Örneğin bkz. “... Somut olayda; ihale konusu taşınmazların tapu kaydının incelenmesinde; şikâyetçi adına (alacaklı sıfatıyla) ... İcra Müdürlüğü'nün 2014/451 Esas sayılı dosyasından konulan 14.01.2014 ile 22.01.2014 tarihli hacizlerin bulunduğu görülmektedir. Bu durumda şikâyetçi haciz alacaklısı konumunda olup, İİK'nın 134/2. maddesi gereğince ihalenin feshini isteyebilecek tapudaki ilgililerdendir. İhalden önce, menkul hükmünde olan ve satışı yapılan menkuller hakkında, kendi dosyasından satış isteminde bulunmayan haciz alacaklısının, ihalenin feshi davası açmasına yasal imkân yok ise de, bu hüküm gayrimenkul ihalelerinde uygulanmaz...”. Y. 12. HD. 3.7.2017, 27516/9915 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

<sup>27</sup> Y. HGK. 25.6.2019, 12-77/790, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.20229. Bu HGK kararında, “mülkiyet hakkının mutlak ve aynı nitelikte hak olması nedeniyle bu hakkı sınırlayan herkese karşı ileri sürülebileceği, bu bağlamda taşınmazın korunmasına yönelik olarak ve somut olayda olduğu gibi tescilsiz olarak kazanılan mülkiyetin tapuda tescilini engelleyen ihale işleminin iptali istemiyle açılan davanın, mülkiyet hakkını korumaya yönelik ve bildirici tescile imkân sağlayacak bir tasarruf işlemi olduğu, İİK'nın 134/2 maddesinde belirtilen, "tapu sicilindeki ilgililer" in taşınmazın tapu kaydında lehine haciz şerhi, ipotek şerhi, irtifak hakkı şerhi bulunan kişiler, tapu siciline şerh edilmiş ön alım ve geri alım hakkı sahipleri ile harici satış sözleşmesi ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin tarafları, tasarrufun iptali kararının davalısı olduğu, tapu siciline kayıt edilen sınırlı aynı hak sahipleri ve şahsi hak sahipleri ihalenin feshi şikâyetini yapabilecek kişiler olarak sayılırken, kesinleşmiş mahkeme kararıyla şekli ve maddi anlamda mülkiyet hakkını tescilsiz olarak kazanan aynı hak sahibine ilgili sıfatı verilmesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararının onanması gerektiği görüşü” ileri sürülmüş ise de, kanaatimizce haklı değerlendirmeler içeren bu görüş, Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Yargıtay'ın bu görüşünün isabetli olmadığı hakkında ayrıca bkz. Çon, s.97-98.



girmez. Yorum yolu ile tapu sicilindeki ilgililer kavramı genişletilemez. Yargıtay bu kararında, taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir şerhi konulmuş olsa bile, söz konusu ihtiyati tedbir kararının cebri satışı engellemeyeceğinden bahisle, şikâyetçi lehine ihtiyati tedbir şerhi verilmiş olmasının şikâyetçiyi İİK'nın 134 maddesinin 2. fıkrasında yazılı ilgili konumuna sokmayacağını ifade etmiştir<sup>28</sup>. Diğer taraftan Yargıtay bu kararında, her ne kadar tescilsiz iktisap hallerinde hak sahiplerini, salt bu kazanımları nedeniyle, tapu sicilindeki ilgili olarak kabul etmemiş ise de, söz konusu alacaklının daha önce tapu siciline haciz şerhi koydurması halinde, alacaklıyı bu haciz şerhi nedeniyle, tapu sicilindeki ilgili olarak kabul etmiştir<sup>29</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun, ihale konusu mal üzerine haciz koydurmuş olan diğer alacaklıların da (taşınmaz, taşınır ayrımı yapmadan) ihalenin feshini isteyebileceğini açıkça düzenlemesi isabetli olurdu. Yeni düzenleme ile sadece tapu sicili değil de diğer resmi sicillerde kayıtlı olan ilgililer de artık ihalenin feshini isteyebileceğine göre, bu sicillere haciz şerhi koydurmuş alacaklıların da artık “ilgili” sıfatıyla ihalenin feshini isteyebileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Ancak özellikle belirli bir sicile kayıtlı olmayan taşınır mallar (ve haklar) üzerine konulan hacizler bakımından “ilgili” kavramı önem taşımaktadır. Taşınır mal belirli bir sicile kayıtlı olmadığından üzerindeki haciz şerhi de anlaşılammakta, dolayısıyla lafzi olarak yorum yapıldığında bu kişiler resmi sicilde kayıtlı ilgili sıfatını taşımamaktadır. Özellikle, satış isteyen alacaklıların da ihalenin feshini isteyebilmeleri bağlamında konu önem taşımaktadır. Nitekim Yargıtay, taşınmaz satışları bakımından, bir alacaklı kendi takip dosyasında taşınmazın satışını istememiş olsa bile, haczi tapu sicilinden anlaşılıyorsa<sup>30</sup>, başka bir dosyadan yapılan satış nedeniyle bu alacaklının ihalenin feshini isteyebileceğini kabul etmekte iken<sup>31</sup>, aynı hususu taşınır ihalesi bakımından kabul etmemektedir<sup>32</sup>. Bu halde taşınır ihalesinde bir alacaklının ihalenin feshini isteyebilmesi için, mutlaka ihale tarihinden önce kendi icra dosyasından satış istemiş olmasını (pey sürerek

<sup>28</sup> Doktrinde Yargıtay ile aynı görüşte olan yazarlar bulunduğu gibi (Muşul, s. 422), aksi görüşü savunan yazarlar da vardır. Kuru, s. 713.

<sup>29</sup> “... Somut olayda, şikâyetçi ...'nın borçlu ...'yla evli olduğu, ihale konusu taşınmazın tapu kaydına ihaleden önce 02.05.2014 tarihinde aile konutu şerhi konulduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle şikâyetçinin İİK'nın 134/2. maddesinde yer alan tapu sicilindeki ilgili kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir...”. Y. 12. HD. 24.10.2016, 17080/22095, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022. Aynı yönde, Y. 12. HD. 3.6.2021, 4568/6008 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

<sup>30</sup> Buna karşılık, Yargıtay'a göre, tapu sicilinde diğer bir takip sırasında aynı taşınmaz üzerinde lehine konulmuş haciz şerhi bulunan alacaklı, kanuni süre içinde talep etmediği için haczi kalkmış ise, haciz şerhi terhin edilmemiş olsa bile, salt bu şerh nedeniyle ihalenin feshini isteyemez. Y. 12. HD. 20.6.2012, 15090/21609, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

<sup>31</sup> Örneğin bkz. Y. HGK. 14.3.2007, 102/123 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022. Ancak karşı. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 232.

<sup>32</sup> Örneğin bkz. Y. 12. HD. 3.7.2017, 27516/9915 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

ihaleye de katılmamışsa) şart koşturmaktadır. Kanaatimizce de Yargıtay'ın bu görüşü birçok bakımdan eleştiriye açıktır ve kabulü pek mümkün değildir<sup>33</sup>.

Nihayet, İİK m. 134/11 hükmüne göre “İhalenin feshini şikayet yolu ile talep eden ilgilinin, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecbur olduğunu, yani ihalenin feshini talep edenin, bunda bir hukuki yararının bulunması gerektiğini belirtmek gerekir<sup>34</sup>.”

## II. İHALENİN FESHİNİ TALEP EDEN BAZI KİMSELERİN HARÇ ÖDEMEKLE YÜKÜMLÜ TUTULMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 Sayılı Kanunla İİK'nun 134 üncü maddesine eklenen 3 üncü fıkraya göre “*Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebi, ihale bedeli üzerinden nispi harca tabidir. Bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır. Talebin kabulü hâlinde bu harç başka bir kimseye yüklenmez ve istem hâlinde iade edilir. Talebin reddi hâlinde ise alınan bu harç iade edilmez ve harcın kalan kısmı ihalenin feshini isteyen tahsil edilir*”.

Görüldüğü üzere bu düzenleme ile ihalenin feshini isteyen bazı kişilere ilk defa nispi harç ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, eğer ihalenin feshini; satış isteyen alacaklı, borçlu, resmi sicilde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri isterse, **maktu harç** ödeyecektir. Buna karşılık ihalenin feshini, bu sayılanlar dışında başka bir kişi (bu bağlamda özellikle ihaleye katılarak pey süren kişi) isterse, bu kişi ihale bedeli üzerinden **nispi harç** ödeyecektir.

Getirilen yeni düzenlemeye göre; “Bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır. Talebin kabulü hâlinde bu harç başka bir kimseye yüklenmez ve istem hâlinde iade edilir. Talebin reddi hâlinde ise alınan bu harç iade edilmez ve harcın kalan kısmı ihalenin feshini isteyen tahsil edilir”. Harçlar Kanunu 1 Sayılı Tarife III/1-g ye göre bu oran şimdilik binde 68,31 dir. Talepte bulunan harcın yarısını peşin ödeyecek, eğer talebi reddedilirse, kalan kısmı da yine nispi harç olarak ödemek zorunda kalacaktır.

<sup>33</sup> Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının ayrıntılı bir tahlili ve haklı eleştiriler için bkz. Yeşilova, s.1797 vd.; aynı şekilde bu konuda ayrıntılı tahliller için bkz. Erdönmez, s. 362 vd.

<sup>34</sup> Ayrıntı için bkz. Arslan, s. 163 vd.; Muşul, s. 485 vd.; Erdönmez, s. 358-359; Çon, s. 117 vd.; “... İİK'nun 134/8. maddesinde; “İhalenin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur” düzenlemesi yer almaktadır. Somut olayda, fesih istemine konu olan ihalede satılan traktörün muhammen bedeli 15.000 TL olup, 16.150 TL'ye satıldığı, dolayısıyla satış bedelinin menkulün muhammen bedelinin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ihalede zarar unsuru gerçekleşmemiş olmakla borçlunun ihalenin feshini istemekte hukuki yararı yoktur. Mahkemece istemin işin esasına girilmeden bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz...”. Y. 12. HD. 8.2.2016, 25317/2849, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargıtay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

Hükümün gerekçesine göre bu düzenlemenin amacı, haksız ve kötünietli olarak ihalenin kesinleşmesine engel olmak amacıyla yapılan ihalenin feshi taleplerinin önüne geçmektir. Diğer bir ifadeyle hükümün amacı, ihalenin kesinleştirilmesi sürecinin kötü niyetli olarak uzatılmasının önüne geçmektir. İhalenin feshi taleplerine ilişkin uygulama dikkate alındığında kanun koyucunun bu gerekçesi bir dereceye kadar yerindedir. Çünkü, gerçekten de uygulamada kötünietli olarak ihalenin feshi talep edilmekte, hatta bu yolla bazı kimseler haksız kazanç da elde etmektedir. Bu düzenlemenin bir tepki hükmü olduğunu söylemek mümkündür. Ancak kanatımızca, biraz sonra değineceğimiz teminat gösterme yükümlülüğü ve para cezasına ilişkin hükümler de dikkate alındığında, söz konusu tepkinin aşırı olduğu söylenebilir<sup>35</sup>.

Her ne kadar gerekçede hak arama özgürlüğüne engel olmaksızın bu düzenlemenin yapıldığı belirtilse de, bu haliyle düzenleme hak arama özgürlüğüne ve adalete erişime engel olabilecek niteliktedir<sup>36</sup>. Çünkü bu halde bazı kişiler hem nispi harç ödeyecek, hem yüzde 5 teminatını geri alamayabilecek hem de yüzde 10'a kadar para cezasına mahkum edilebilecektir. Kanaatimizce bu üç yaptırımın aynı anda uygulanması aşırı bir düzenlemedir. Bu bir tepki hükmü ise de aşırıya kaçılmıştır. Üstelik davanın reddinde normalde maktu<sup>37</sup> harç alınırken, ihalenin feshi talebi reddedilirse kalan harcın da nispi harç olarak tahsil edilmesi uygun değildir<sup>38</sup>. Üstelik Anayasa Mahkemesi, daha önce bireysel başvuru yolunda verdiği bir kararında, icra mahkemesi tarafından ihalenin feshi davasının reddedilmesi sonucunda ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına hükmedilmesinin, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Uygulanan para cezası miktarının başvurucuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediğine ve bu durumun başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçsüz kıldığına karar verilmiştir<sup>39</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve konuya yaklaşımı ortadayken, ihalenin feshini talep eden bazı kişilere hem harç ödeme hem teminat yatırma yükümlülüğü getirilmesi hem de bunların para cezasına mahkum edilme riskiyle karşı karşıya olması dikkate alındığında, getirilen düzenlemin ölçülü olmadığı söylenebilecektir. Kaldı ki harç alınacak kişiler bakımından farklılık yaratılması, bazı kişilerden maktu

<sup>35</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 326.

<sup>36</sup> Aynı yönde, Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 326.

<sup>37</sup> Kuru, s. 716. Yargıtay, ihalenin feshi talebinin kabulü halinde, maktu harç ve maktu vekâlet ücreti ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Örneğin bkz. Y. 12. HD 11.11.2014, 23838/26843, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

<sup>38</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 326.

<sup>39</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesinin 2 Kasım 2018 tarih ve 2015/18872 başvuru sayılı kararı. RG. 21.12.2018, S. 30632.

bazılarından nispi harç alınması, eşitlik ilkesine de aykırı olarak değerlendirilebilir.

Öte yandan, istenilen harcın yatırılmaması halinde bunun, nasıl bir sonuca (yaptırıma) yol açacağına da değerlendirilmesi gerekir. Acaba, burada harç ödenmesi, dava şartı gibi bir ön şart mıdır; harç ödenmezse talep ön şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle ret mi edilmelidir? Yoksa, tamamlanması mümkündür diye düşünülüp, harcın ödenmesi için süre mi verilmelidir? Bu konuda açık bir düzenleme yapılması, harcın ödenmemesinin yaptırımının belirtilmesi yararlı olurdu. Burada, şikayet bir dava değildir, harç ödenmese de şikayet görülür, sonradan harç alınabilir/tamamlanabilir şeklinde bir yorum yapılabilir. Ancak hükümde açıkça “bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır” denildiği, yani açık bir zorunluluk getirildiği için, bu yorum da zorlama bir yorum olarak değerlendirilebilir. Çünkü kanun koyucu harcın yarısının daha henüz talepte bulunulurken alınmasını şart koşturmaktadır. Buradan hareket edildiğinde, bu harcın ödenmesi, sanki talepte bulunmanın bir şartı gibidir. Harç ödenmezse talep ret edilmelidir şeklinde bir yorum da yapılabilir.

Harçlar Kanunu m. 32 ye göre “*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse işleme devam olunmakla beraber bu para muhakeme neticesinde ayrıca bir isteğe hacet kalmaksızın hükümde nazara alınır*”. Bu hüküm dikkate alındığında, ihalenin feshini talep eden söz konusu harcı ödemezse, bu talebi incelenmez sonucuna da varılabilir. Zira buradaki müteakip işlem, icra mahkemesinin ihalenin feshi talebini inceleyerek bir karar vermesidir. Ayrıca, burada talepte bulunan ödemediği takdirde, söz konusu harcı ödeyecek bir karşı tarafın bulunduğu da söylenemez. Zira örneğin karşı taraf olarak gösterilen alıcı ve alacaklı bu harcı ödemeyecektir.

Öte yandan ihalenin feshi başvurusunda alınacak bu harç, Harçlar Kanunu 1 sayılı tarifede, “karar ve ilam harcı” olarak düzenlenmiştir. Ancak ilginç olan harcın yarısının sanki başvuru harcıymış gibi peşin alınması, diğer yarısının karar ve ilam harcı gibi alınmasıdır. Kanaatimizce, burada harcın getiriliş amacı, henüz taleple birlikte yarısının ödenmesinin zorunlu olması düşünüldüğünde ve Hrç. K. m. 32 deki yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz hükmü dikkate alındığında, ihalenin feshini isteyen bu harcı ödemezse, harç yatırılmadığı gerekçesiyle talebi reddedilmelidir.

Özetle harç bakımından yapılan düzenleme kötünietli talepleri önlemek bakımından isabetli sayılabilirse de, harcın talepte bulunacak herkes bakımından getirilmemiş olması, nispi harç olması, oranının yüksek olması, harç ödenmezse nasıl bir işlem yapılacağına

düzenlenmemiş olması noktasında eleştirilebilir.

### III. İHALENİN FESHİNİ TALEP EDEN BAZI KİMSELERİN TEMİNAT GÖSTERME ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 Sayılı Kanunla İİK'nun 134 üncü maddesine eklenen 4 ncü fıkra hükmü ile ihalenin feshini talep eden bazı kişilere teminat gösterme zorunluluğu getirilmiştir. Eklenen hüküm şu şekildedir: “*Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebinde, talepte bulunulurken, ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şarttır. Talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davasının açılmaması hâlinde hükmedilen para cezasının 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsili için durum mahkemece tahsil dairesine bildirilir. Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse talep hâlinde teminat ilgisine iade edilir*”.

Bu hükümde de bu kez yukarıda belirtilen harç ödeme yükümlülüğüne benzer şekilde ihalenin feshini talep eden bazı kişiler bakımından teminat gösterme yükümlülüğü<sup>40</sup> getirilmiştir<sup>41</sup>. Düzenlemeye göre, *satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri*, ihalenin feshini talep ederse, teminat göstermekle yükümlü olmayacaktır. Ancak bunun dışında kalanlar, özellikle de pey sürerek ihaleye katılanlar, teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Gösterilecek teminat miktarı, ihale bedelinin yüzde beşi oranında olacaktır. Bu konuda bir takdir hakkı yoktur, teminat oranı sabittir. Teminat yüzde beşten aşağı olamayacağı gibi bu oranı da aşamaz. Ancak ihale bedeline göre teminatın miktarı değişecek, ihale bedelinin yüksek olması halinde teminat da yüksek olacaktır. İhale bedelinin çok yüksek olduğu hallerde, gösterilecek teminat da bir hayli yüksek olacaktır.

Hükmün Gerekçesinde haksız ve kötünietli olarak yapılan ihalenin feshi talebi nedeniyle ilgililerin oluşması muhtemel zararları nedeniyle böyle bir düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir. Öncelikle, tıpkı harç yatırılmasında olduğu gibi, teminat bakımından da talepte bulunacak kişiler bakımından bir farklılık yaratılmıştır. Harç ödemek zorunda

<sup>40</sup> 4949 sayılı kanunla da yüzde on teminat gösterme yükümlülüğü getirilmesi düşünülmüş ise de daha sonra Adalet Komisyonunda bu düşünceden vazgeçilerek, teminat yerine yüzde on oranında para cezası ödenmesi esası benimsenmiştir (4949 sayılı Kanun Adalet Komisyonu Gerekçesi).

<sup>41</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. Aziz Serkan Arslan, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 16 (2), 2015, s. 943 vd.

olmayanlar aynı şekilde teminat da göstermeyecektir. Bunlar dışında kalanlar, özellikle pey sürerek ihaleye katılmış olanlar, hem harç yatıracak hem de teminat gösterecektir. Bu düzenleme de adalete erişim, hak arama özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri bakımından eleştiriye açıktır. İleri de anayasa mahkemesine götürülme olasılığı da yüksektir. Zira harç ile birlikte düşünüldüğünde, yüzde 5 teminat azımsanacak bir oran değildir. Dolayısıyla teminat gösterme zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin de pek ölçülü olduğu söylenemez.

Üzerinde durulması gereken diğer bir mesele, söz konusu teminat yatırılmazsa mahkemece nasıl bir karar verileceğidir. Acaba burada talepte bulunulurken gösterilecek olan teminatın niteliği nedir? Bu teminat gösterilmezse, mahkemece nasıl bir karar verilecektir. Burada farklı yorumlar yapılabilir: HMK'na göre (m.114/1-ğ) teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi dava şartıdır ve eğer bu şart hakim tarafından verilecek kesin süre içinde de yerine getirilmezse, davanın usulden reddine karar verilecektir<sup>42</sup>. Kanaatimizce burada mahkemece, teminat gösterilmesi gerekir şeklinde bir karar verilmesine gerek yoktur. Çünkü zaten teminatın Kanun gereğince gösterilmesi şarttır<sup>43</sup>.

HMK m. 88'e göre "*Hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava usulden reddedilir*". Bununla birlikte HMK m. 115/2'ye göre "*Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder*". Hükümden de anlaşılacağı üzere, teminat gösterilmesi tamamlanabilir bir dava şartıdır. Bütün bu hükümler dikkate alındığında, ihalenin feshi talep edilirken gerekli teminat gösterilmezse, talep hemen reddedilmemelidir. Hakim teminat gösterilmesi için kesin süre verebilmeli, buna rağmen gösterilmezse o zaman ihalenin feshi talebi reddedilmelidir şeklinde bir yorum yapılabilir.

Ancak madde metninde açıkça bu teminatın talepte bulunulurken gösterilmesi gerektiğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla örneğin, talep aşamasında teminat gösterilmemişse bu husus dikkate alınıp, daha o aşamada reddedilecek, örneğin talep tevzi edilmeyecek midir? Maddenin lafzından, henüz talepte bulunulurken bu teminat gösterilmezse, ihalenin feshi

<sup>42</sup> Bkz. Arslan, A. S., s. 968 vd.

<sup>43</sup> Ayrıca burada, teminat gösterilmesi gerekmeyen hallerle ilişkin HMK m. 85 hükmünün uygulanıp uygulanacağı da tereddüde neden olabilecektir. Mesela adli yardımdan yararlanan kişi bu teminatı göstermek zorunda olacak mıdır? Teminattan muafiyete ilişkin bir yasak hükmü getirilmediği ve düzenleme olmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edildiğinde, teminattan muafiyet hallerinin burada da uygulanabilmesi gerekir. Teminattan muafiyet halleri için bkz. Arslan, A. S., s. 960 vd.

talebinin kabul edilmeyeceği anlamı çıkmaktadır. Burada kanun koyucunun HMK'na atıf yapmadığı, teminat hususunu özel olarak düzenlediği görülmektedir. Bu haliyle teminat sanki ön şart gibidir ve hakim kararı aranmadığı için ve daha talepte bulunulurken gösterilmek zorunda olduğu için tamamlanmasının da mümkün olmadığı düşünülebilir. Yani teminat gösterilmezse, ihaleinin feshi talebinin incelenemeyeceği ileri sürülebilir.

Diğer taraftan, kanun koyucu teminatın oranını ihale bedelinin yüzde beşi olarak öngörmüş, yani sabit bir oran kabul etmiştir. Ancak, teminat olarak nelerin gösterilebileceği hususunda bir düzenleme yapılmamıştır. Eğer ihale bedelinin yüzde beşi ifadesinden hareket edersek, bu halde ancak teminat olarak para gösterilebilir denilebilir. Nelerin teminat gösterilebileceği hususunda hakime bir takdir yetkisi verilmediği gibi HMK'na da atıf yapılmamıştır. Halbuki mesela kanun koyucu borçtan kurtulma davasında İİK m. 69/2 hükmünde teminat hususunu özel olarak düzenlemiş ve şu şekilde bir hüküm koymuştur: *“Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde 15 ini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur”*. İhaleinin feshi talepleri bakımından, buradaki kadar bir açıklık yoktur. Kanun koyucunun ihaleinin feshi bakımında da buradakine benzer bir düzenleme yapması ve teminat olarak nelerin gösterileceği hususunda açık bir hüküm koyması, ortaya çıkabilecek tereddütlerin önlenmesi bakımından yararlı olurdu. Buna rağmen kanaatimizce, teminat olarak sadece para gösterileceği şeklinde bir yorum, aşırı daraltıcı bir yorum olur. En azından bir bankanın kesin teminat mektubu da gösterilebilmelidir.

Diğer taraftan İİK m. 134/4 hükmünün devamına göre: *“Talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davasının açılmaması hâlinde hükmedilen para cezasının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsili için durum mahkemece tahsil dairesine bildirilir. Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse talep hâlinde teminat ilgisine iade edilir”*. Hükümden anlaşıldığı üzere, ihaleinin feshi talebinin reddi halinde, bu talep nedeni ile zarar gören ilgililer (örneğin ihale alıcısı), kararın kesinleşmesinden itibaren ihaleinin feshini talep eden kişiye karşı genel mahkemede bir tazminat davası açabilecektir. Davanın açılması ve görülmesi genel hükümlere, tabi olmakla birlikte, davanın bir ay içinde açılmamasına bazı özel sonuçlar

bağlanmıştır<sup>44</sup>. Buradaki bir aylık süre tazminat davası açılması süresi değildir. Davanın tabi olduğu zamanaşımı süresi genel hükümlere tabi olacaktır. Buradaki bir aylık süre tazminat davası açılması ya da açılmaması halinde bazı sonuçların doğabilmesi için konulmuş bir süredir.

Görüldüğü üzere burada davanın belli bir süre içinde açılması gerekir ve buna bazı özel sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre davanın ihalenin feshi talebinin reddi kararının kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde açılması halinde, ihalenin feshi talebi ile birlikte gösterilen teminatın durumu, tazminat davasının sonucuna göre belirlenecektir. Eğer bir ay içinde tazminat davası açılır ve kabul edilirse, bu halde teminattan, önce dava açan ilgili ya da ilgililer tatmin edilmelidir. Artan kısımdan ise tahsil dairesi, kendisine bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmelidir. Üç ay içerisinde para cezası tahsil edilmezse, artan kısım ihalenin feshini talep eden ilgiliye iade edilmelidir<sup>45</sup>. Eğer ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde tazminat davası açılmazsa, mahkeme İİK m. 134/V'e göre hükmolunan para cezasının 6183 sayılı Kanuna göre tahsili için durumu tahsil dairesine bildirmelidir. Bu bildirim, teminatın yatırıldığı icra mahkemesi tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle genel mahkemede tazminat davası açan davacı, dava açtığını icra mahkemesine bildirmelidir. Aksi takdirde, icra mahkemesi tazminat davası açılmamış gibi hareket edecek ve tahsil dairesine bildirimde bulunacaktır. Bunun üzerine eğer tahsil dairesi bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde söz konusu teminattan para cezasını tahsil etmezse, teminat ilgisine iade edilecektir<sup>46</sup>.

Görüldüğü üzere bu düzenlemede ilginç olan husus, kanımızca teminatın adeta terditli olarak iki şeyi temin etmesidir. Şöyle ki; eğer, talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davası açılırsa, teminatın akıbeti davanın sonucuna göre ortaya çıkacaktır: Dava kabul edilirse, teminat, ilgililerin muhtemel zararlarına karşılık olmak üzere gösterilmiş sayılmalı, öncelikle bu zararlar karşılanmalı, artan olursa para cezası buradan tahsil edilmelidir. Dava reddedilirse, tahsil dairesince para cezası teminattan tahsil edilmelidir. Eğer, bir ay içinde bu dava açılmazsa, o zaman da hükmedilecek para cezasını temin etmek için gösterilmiş olacaktır. Bu nedenle genel hükümlere göre tazminat davası açanın, dava açtığını icra mahkemesine bildirmesi gerekir. Aksi takdirde, mahkeme dava açılmadığı gerekçesiyle, tahsil dairesine durumu bildirecek ve para cezası dairece teminattan tahsil edilecektir. Çünkü, hükme göre, bir

<sup>44</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 327.

<sup>45</sup> Atalı/ Ermenek/Erdoğan, s. 327.

<sup>46</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 327.



ay içinde tazminat davası açılmazsa, hükmedilen para cezasının tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca durum mahkemece tahsil dairesine bildirilecektir. Tahsil dairesi bu süre içinde para cezasını tahsil ederse, para cezası teminattan karşılanacaktır (hükmedilen para cezası miktarına göre tamamı veya bir kısmı). Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse, talep halinde teminat ilgisine iade edilecektir.

#### IV. İHALENİN FESHİ TALEBİNİN DURUŞMALI OLARAK İNCELENMESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 Sayılı Kanunla değişik İİK m. 134/5 hükmüne göre, “İhaleinin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren yirmi<sup>47</sup> gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir. Ancak ihaleinin feshi talebinin usulden reddi gereken hâllerde duruşma yapılmadan da karar verilebilir”. Hükümün ilk cümlesinde bir değişiklik yapılmamış, ancak hükme ikinci cümle eklenmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, ihaleinin feshi yargılamasında<sup>48</sup> her iki taraf da duruşmaya gelmese bile (HMK m. 150/1’in aksine) dosya işleminden kaldırılmaz<sup>49</sup>. İki taraf gelmemiş ya da bir taraf gelmiş ancak o da yargılamayı takip etmeyeceğini bildirmiş olsa bile mahkeme, dosyayı işleminden kaldırmayıp, gereken kararı verecektir<sup>50</sup>. Yoksa, mahkeme bu hallerde, dosyayı işleminden kaldırıp, sonrasında yasal süre içinde yenilenmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar veremez<sup>51</sup>. Bu düzenleme, ihaleinin feshi talebinin mümkün olduğu ölçüde hızlı bir şekilde karara bağlanması ve takibin sürüncemede kalmaması amacıyla

<sup>47</sup> Doktrinde buradaki yirmi günlük sürenin, menfaat dengesinin korunması bakımından yerinde olduğu ifade edilmekle birlikte, amaca uygun bir süre olmadığı, ülkemizin gerçekleriyle bağdaşmadığı, uygulamada da nadiren bu süreye uyulduğu haklı olarak ifade edilmiştir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 327-328. Bu nedenle kanun koyucu bu süreyi de değiştirebilir, en azından basit yargılama usulünde olduğu gibi bir aylık bir süre öngörebilirdi. Zira, şikâyet ve de ihaleinin feshi de zaten basit yargılama usulüne tabidir. Bu konuda bkz. Çon, s. 124 vd.

<sup>48</sup> İhaleinin feshi yargılaması hakkında ayrıntı için bkz. Çon, s. 124 vd.

<sup>49</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Cumhuriyet, Rüzgaresen, *Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 234 vd.

<sup>50</sup> Arslan, s. 190-191; Muşul, s. 456; Rüzgaresen, s. 238; Çon, s. 126.

<sup>51</sup> Nitekim Yargıtay’a göre de, “... İİK. nun 134/2. maddesi hükmüne göre; “...İhaleinin feshi talebi üzerine icra mahkemesi takip tarihinden itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir ...”. Somut olayda, mahkemece, 14.01.2016 tarihli duruşmada, ihaleinin feshi şikâyetinin taraflarca takip edilmemesi nedeniyle HMK'nun 150. maddesi uyarınca dosyanın işleminden kaldırılmasına ve üç aylık yasal süre içerisinde taraflarca yenilenmediği gerekçesiyle de 15.04.2016 tarihinde HMK'nun 150. maddesine dayalı olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği görülmektedir. Bu uygulama İİK'nun 134/2. maddesinin yukarıda açıklanan hükmüne aykırıdır. O halde, mahkemece şikâyetin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, somut olayda uygulanma imkânı bulunmayan HMK' nun 150. maddesi uyarınca önce "dosyanın işleminden kaldırılmasına" ve ikinci aşama olarak da, "davanın açılmamış sayılmasına" karar verilmesi isabetsizdir...”. Y. 12. HD. 29.6.2016, 15882/19723 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 11.6.2022.

getirilmiştir<sup>52</sup>.

Hükmün yeni olan ikinci cümlesine göre, ihalenin feshi talebinin usulden reddine karar verilmesi gerekiyorsa, duruşma yapılması zorunlu değildir. Mahkeme bu hususta duruşma yapmadan, yani dosya üzerinden de karar verebilir. Hükümde de açıkça belirtildiği üzere bu istisna sadece ihalenin feshi talebinin usulden reddi gereken hallerde münhasırdır. Bu bağlamda örneğin talebin süre, yargılama şartları, görev/yetki gibi usuli nedenlerle reddi gereken hallerde, karar duruşma yapılmadan da verilebilecektir. Ancak talebin esatan reddine, duruşma yapılmaksızın karar verilemez. Fakat vurgulamak gerekir ki usulden ret kararı verilmesi gereken hallerde de duruşma yapılması yasaklanmış değildir. Kanun koyucu mahkemeye bu konuda bir takdir hakkı vermiştir. Çünkü hükümde “verilir” şeklinde emredici bir ifade değil, “verilebilir” şeklinde takdire yer veren bir ifade kullanılmıştır. Hakimin usulden ret kararını neden duruşma yaparak verdiğini gerekçesinde belirtmesi uygun olur ise de bu konuda ayrıntılı bir gerekçeye de gerek olmamalıdır. Kuşkusuz talebin usulden reddedilebileceğinin çok açık olduğu hallerde, duruşmalı inceleme yapılmaması gerekir. Dolayısıyla eğer hakim dosya üzerinden usulden ret kararı verebiliyorsa vermelidir. Ancak dosya üzerinden bu kararı veremiyorsa, duruşma yaparak da usulden ret kararı verebilecektir. Bazen bunun tespiti zor olabileceği gibi (mesela hukuki yarar yokluğu gibi) hangi sebeplerin usulden ret kararı verilmesine yol açacağı da bazen tereddüde yol açabilir. İşte özellikle bu gibi durumlarda duruşma yapılabilir. Bu düzenleme bir nevi uygulamanın kanun hükmüne yansıtılmış halidir<sup>53</sup>.

Özetle, hükmün değişiklikten önceki halinde, icra mahkemesinin talep üzerine duruşma yapması zorunluydu. Ve bu esas ya da usuli bir kararın verilmesine de bağlı değildi. Diğer bir ifadeyle, ihalenin feshi talebinin hangi nedenle reddedileceğinden bağımsız olarak duruşma yapılması zorunluydu ve taraflar duruşmaya gelmese bile gereken karar veriliyordu<sup>54</sup>. Yapılan değişiklikle, usuli nedenlerle talebin reddine karar verilebilecek hallerde, duruşma yapma zorunluluğunun kaldırılmış olması isabetli olmuştur. Bu değişiklik usul (takip) ekonomisine de uygundur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, icra mahkemesi usule

<sup>52</sup> Rüzgaresen, s. 238.

<sup>53</sup> Zira Yargıtay’ın bu yönde kararları olduğu hakkında bkz. Rüzgaresen, s. 237-238.

<sup>54</sup> Muşul, s. 456. Örneğin, “... İK'nun 134/2. maddesinde; "İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren 20 gün içerisinde duruşma yapar ve taraflar gelmese bile icap eden kararı verir" hükmü yer almaktadır. Şikâyetçinin, yapılan ihalenin feshi istemi ile mahkemeye başvurduğu mahkemeye, duruşma açılmaksızın ihalenin feshine karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin, dava dilekçesini ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması İK'nun 134/2. maddesi uyarınca duruşma açılarak tarafların delilleri toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, anılan maddeye aykırı şekilde dosya üzerinden inceleme yapılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir...”. Y. 12. HD. 18.9.2017, 2441/10873 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 11.6.2022.

ilişkin bir sebep (eksiklik) olmamasına, yani duruşma yapılması gerekmesine rağmen duruşma yapmamışsa, bu durum bir istinaf sebebi teşkil edebilecektir. Hatta taraf bunu istinaf sebebi olarak ileri sürmese bile BAM bunu resen gözetmelidir. Çünkü, bu durum hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir ve dolayısıyla kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Kamu düzenine aykırılık halleri ise BAM tarafından resen gözetilir (HMK m. 355/1).

## V. PARA CEZASINA İLİŞKİN OLARAK YAPILAN DEĞİŞİKLİK

7343 sayılı Kanunla İİK m. 134'e eklenen 5 nci fıkraya göre: İcra mahkemesi;

1. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle,

2. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle,

3. İşin esasına girerek,

talebin reddine<sup>55</sup> karar verirse ihalelerin feshini talep eden feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder.

Bu hükmün değişiklikten önceki hali şöyleydi: “*Talebin reddine karar verilmesi halinde icra mahkemesi davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder. Ancak işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi halinde para cezasına hükümlenemez*”. Hükmün bu eski halinden de anlaşılacağı üzere, değişiklikten önce kanunda bu şekilde bir ayırım yoktu<sup>56</sup>. Yani bu açıdan talepte bulunanlar arasında kategorik bir ayırım yapılmamıştı. İhalelerin feshini kim talep ederse etsin, **talep işin esasına girilerek reddedilmişse**<sup>57</sup>, yüzde on<sup>58</sup> oranında para cezasına mahkûm ediliyordu<sup>59</sup>. Üstelik para

<sup>55</sup> Bu arada sadece ihalelerin feshi talebinin reddi halinde para cezası olduğunu, talebin kabulü halinde para cezasına mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini belirtmek gerekir. Nitekim Yargıtay'a göre “... İİK'nun 134. maddesinde ihalelerin feshi isteminin esas yönünden inceleme yapılarak reddi halinde ihalelerin feshini isteyen kişi aleyhine para cezasına hükmedileceğinin öngörüldüğü, ihalelerin feshi isteminin kabulü halinde alacaklı aleyhine para cezasına hükmedileceğine dair herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı halde alacaklı aleyhine para cezasına hükmedilmesi de isabetsizdir...” Y. 12. HD. 8.2.2016, 25317/2849, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: ET: 13.6.2022.

<sup>56</sup> Hükmün gerekçesine göre, “... para cezasına karar verilecek haller hükmünde açıkça belirtilmiş olmaktadır.... Bu hükümle, uygulamada sıkça karşılaşılan sırf ihale sürecini uzatmak ve haksız menfaat sağlamak amacıyla hukuki yararı bulunmayan kişilerce ihalelerin feshi talep edilmesinin önüne geçilmesi ve ihale sürecinin hızlı bir biçimde tamamlanması amaçlanmaktadır...”.

<sup>57</sup> Yargıtay da ihalelerin feshi talebinin usuli sebeplerle reddedilmesi halinde, para cezasına hükümlenemeyeceğine karar veriyordu. “... Somut olayda, feshi istemine konu olan arsa vasıflı taşınmazla ilişkin ihalede taşınmazın muhammen bedelinin 210.000 TL olduğu ve 241.000 TL'ye satıldığı, şikâyet konusu taşınmazın satış bedelinin, muhammen bedelin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. İİK'nın 134/2. maddesinin son cümlesinde; işin esasına girilmeden ihalelerin feshi talebinin reddi halinde, şikâyetçi aleyhine para cezasına

cezasının oranı da hakime takdir hakkı bırakmayacak şekilde sabit olarak belirlenmişti<sup>60</sup>. Ancak değişiklikten sonra talep edenin kim olduğuna ve işin esasına girilip girilmediğine göre ihalenin feshini isteyen hakkında<sup>61</sup> para cezasına karar verilecektir<sup>62</sup>. Ancak 4949 sayılı Kanunla kabul edilen bu düzenleme, yani talebin esasa girilerek reddedilmiş olması şartı, doktrinde tereddütle karşılanmış, ihalenin feshi taleplerinin kötüniyetli olarak yapılmasının önünü açabileceği endişesi dile getirilmiştir<sup>63</sup>. Nitekim bu endişe haklı çıkmıştır ve kanun koyucu 7343 sayılı Kanunla, bazı kimselerin talebi bakımından, işin esasına girilmese ya da esastan ret kararı olmasa bile onların para cezasına mahkûm edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Değişikliğe göre, birinci kategori olarak, eğer ihalenin feshi, satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler **dışında kalan kişilerce** talep edilmiş ve reddedilmişse, **bu kişilerin talebi, esasa girilerek reddedilmese, yani örneğin usulden reddedilse bile** bu kişiler para cezasına mahkum edilecektir<sup>64</sup>. Bu kişiler, hiç ihaleye

---

*hükmedilemeyeceği öngörülmektedir. Yasanın para cezasına ilişkin bu hükmü emredici nitelikte olup, kamu düzenine ilişkin bulunduğundan re'sen uygulanmalıdır...*". Y. 12. HD. 11.2.2021, 349/1412; aynı yönde, Y. 12. HD. 30.10.2014, 20234/25430, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

<sup>58</sup> Ancak, "2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, beşinci fıkrada yer alan oran yüzde yirmi olarak uygulanır". Kanaatimizce bu fıkra göre sadece oran değişmektedir. Yeni düzenlemeyle getirilen yüzde onuna kadar ibaresini, bu fıkra bakımından yüzde yirmisine kadar şeklinde anlamak gerekir. Bkz. Muşul, s. 501 vd.

<sup>59</sup> Kanun para cezası bakımından taşınmaz satışları ile taşınır satışları arasında bir ayrım yapmadığından, taşınır hakları hakkındaki ihalenin feshi talebinin esastan reddedilmesi halinde de para cezasına mahkûmiyet kararı verilecektir. Kuru, s. 721.

<sup>60</sup> Değişiklikten önceki düzenleme hakkında ayrıntı için bkz. Kuru, s. 720-721; Muşul, s. 472 vd.; Çon, s.135 vd.

<sup>61</sup> Birden fazla kişinin birlikte ihalenin feshi davası açmış olması halinde, bu kişiler aleyhine tek, yani yüzde ona kadar, para cezasına hükmedilmelidir. Bu kişilerin her biri ayrı ayrı para cezasına mahkûm edilemez. Kuru, s. 721 dn. 315; "... Davacıların feshini istedikleri ihale aynı ihale olup, ihalenin feshi davasının işin esasına girildikten sonra reddi halinde, her 'davacı' için, ayrı ayrı değil ihale bedeli üzerinden 'tek' bir para cezasına hükmedilmesi gerekmektedir. O halde, ihalenin feshi istemleri reddedilen davacılar aleyhine ihale bedelinin %10'u tutarında tek para cezasına hükmedilmesi yönündeki ilk derece mahkemesi yerinde olup, Bölge Adliye Mahkemesince HMK'nun 353/1-b-2 maddesi gereğince, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak her bir şikâyetçi için ayrı ayrı para cezasına hükmedilmesi isabetsizdir...". Y. 12. HD. 17.6.2021, 4640/6601, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

<sup>62</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 330.

<sup>63</sup> Bkz. Kuru, s. 720 dn. 314.

<sup>64</sup> Para cezasına mahkûmiyetin söz konusu olduğu bütün hallerde, mahkemenin buna hükmedebilmesi için, talepte bulunulmasına gerek yoktur; mahkeme talep olmasa bile para cezasına resen karar verecektir. Kuru, s. 721. Yargıtay'a göre de bu kural kamu düzenine ilişkin olup resen uygulanması gerekir. "... İİK'nun 134/2. maddesi uyarınca ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde mahkeme davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece re'sen uygulanmalıdır. Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2004 tarih ve 2004/1-433 Esas sayılı kararında da benimsendiği üzere kamu düzenine aykırılıkta aleyhe bozma ilkesi nazara alınamayacağından, mahkemece ihalenin feshi istemi reddedilen davacı aleyhine para cezasına hükmedilmesi gerekir...". Y. 12. HD. 25.6.2013, 17906/24024; aynı yönde, Y. 12. HD. 28.10.2014, 27248/25162: Y. 12. HD. 17.1.2019; 2118/511, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022. Yargıtay'a göre para cezasına hükmedilmemiş olması, kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle,

katılmamış olan ya da katılmış olsa bile pey ileri sürmemiş olan kişiler olabilir. Esasen bu halde ihalenin feshini isteyen kişilerin, böyle bir talepte bulunmakta hukuki yararlarının olmadığı, bunların amacının salt ihaleyi sürüncemede bırakmak olduğu söylenebilir.

Değişiklikten sonra ikinci kategori olarak, “ihalenin feshi talebinin, satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle reddedilmesi” halinde para cezasına mahkumiyet olacaktır. Burada ilk bentten farklı olarak, **pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler de feragat halinde para cezasına mahkum edilecektir**. Bu düzenleme yenidir. Bu da bir tepki hükmüdür. Zira uygulamada haksız çıkacağını anlayan ihalenin feshi talebinde<sup>65</sup> bulunanlar (ya da ihalenin bir an önce kesinleşmesini isteyen alıcıdan menfaat sağlamaya çalışanlar) talepten feragat ediyordu. Feragat halinde esastan ret olup olmadığı hususu hem tartışmalıydı hem de açık bir hüküm olmadığı için tereddütler vardı<sup>66</sup>. Bu tereddütler giderildiği için yapılan değişiklik yerindedir. Böylece ihalenin feshini talep edip sonra para cezası yaptırımından kurtulmak için talepten feragat edenler, artık bu yola tevessül edemeyecektir.

Değişiklikten sonra üçüncü kategori olarak, ihalenin feshi talebinin **işin esasına girilerek** reddedilmesi halinde, **talepte bulunan kim olursa olsun**, para cezasına mahkum edilecektir. Bu bağlamda, satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri, pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ve bunlar dışında kalan herkes para cezasına mahkum edilecektir. Burada önemli olan kimin talep ettiği değil, talebin işin esasına girilerek reddedilmiş olmasıdır. Bu düzenlemenin de bütünüyle isabetli olup olmadığı sorgulanabilir. Sadece işin esasına girilmiş olması, başvuranın her zaman kötünietli olarak hareket ettiği anlamına gelmeyebilir. Dolayısıyla bu olasılıkta belki ayrıca “kötüniet” şartı aranabilirdi. Zira işin esastan reddedilmiş olması her zaman talepte bulunanın kötünietli ve ihaleyi sürüncemede bırakmak amacıyla hareket ettiği anlamına gelmeyebilir<sup>67</sup>.

aleyhe bozma yasağına da aykırılık teşkil etmez. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 23.12.2014, 32225/31228, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

<sup>65</sup> Burada, takipten değil, ihalenin feshi talebinden feragat söz konusudur. Yargıtay’a göre, ihaleden sonra takipten feragat edilmesi, derdest olan ihalenin feshi davasını da etkiler. Alacaklının takipten feragat etmesi (vazgeçmesi) ile ihalenin dayanağı ortadan kalkacağından icra mahkemesince ihalenin feshine karar verilmesi gerekir. Y. 12. HD. 7.5.1991, 12358/5648: Muşul, s. 450.

<sup>66</sup> Nitekim Yargıtay da bu halde bir esastan ret kararı olmadığı için, ihalenin feshini talep edenin para cezasına mahkûm edilemeyeceğine karar veriyordu. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 11.12.2004, 30860/30097, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. İhalenin feshi talebinden feragat hakkında bkz. Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Yetkin Yayınları, 2011, s. 313 vd.

<sup>67</sup> Ancak eskiden olduğu gibi şimdi de kanunda açıkça öngörülmediği için kötüniet şartı aranmayacaktır.

Bu son kategori bakımından bir hususa işaret edilmesinde yarar bulunmaktadır. Şöyle ki, hükmün değişiklikten önceki halinde, “işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi” ibaresi yer almakta iken, hükmün değişiklikten sonraki halinde “işin esasına girilerek talebin reddine karar verirse” ibaresi yer almaktadır. Yani önceki düzenleme esasa girmeden talebin reddinden, sonraki düzenleme ise esasa girilerek talebin reddinden söz etmektedir. Kanaatimizce bu ibareler yerine, talebin esastan ya da usulden reddi ölçütünün esas alınması daha uygun olurdu. Çünkü, bu ifadeler yanlış yorumlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu bağlamda örneğin, işin esasına girildikten sonra talep usuli bir sebepten dolayı reddedilirse, para cezasına mahkûmiyete karar verilebilecek midir? Yani burada önemli olan bir kere esasa girilmiş olması mıdır? Yoksa talebin nihayetinde esastan ret edilmesi midir?

Öncelikle hiç esasa girilmeden talep usuli bir nedenle reddedilmişse, talepte bulunan zaten para cezasına mahkûm edilemeyecektir. Bu bağlamda, ihalenin feshi talebi, süreden<sup>68</sup>, satış isteyen alacaklı sıfatı taşımaması gibi aktif husumet yokluğundan<sup>69</sup> reddedilmişse, para cezasına mahkûmiyet söz konusu olmayacaktır<sup>70</sup>. Öte yandan kanaatimizce burada önemli olan, sadece esasa girilmiş olması değil, esasa girildikten sonra da talebin esastan ret edilmiş olmasıdır. Esasa girildikten sonra usuli bir nedenle ihalenin feshi talebi reddedilir ya da incelenemezse, para cezasına mahkûmiyet kararı verilmemelidir. Nitekim Yargıtay bir kararında, isabetli olarak, talebin usulden reddedilmesi gerektiği halde esasa girilerek esastan ret kararı verilmesi halinde dahi, para cezasına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir<sup>71</sup>.

Ancak Yargıtay, hükümden sonra istinaf kanun yolunda ihalenin feshi talebinin geri alınmasının söz konusu olduğu bir olayda şu şekilde karar vermiştir: “... Şikayetçi alacaklının icra mahkemesine yaptığı başvuruda, 10/10/2019 tarihli ihalenin feshini talep ettiği, İlk Derece Mahkemesi’nce davanın reddine ve şikayetçi alacaklı aleyhine para cezasına hükmedildiği, alacaklı tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi’nce istinaf başvurusunun reddine karar verildiği, işbu kararın tebliği üzerine

Örneğin bkz. Y. 12. HD. 14.10.2014, 24868/23630, <<https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

<sup>68</sup> Y. 12. HD. 4.7.2006, 11793/14642, <<https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 14.6.2022.

<sup>69</sup> Y. 12. HD. 16.1.2007, 22396/257, <<https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 14.6.2022.

<sup>70</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 354; Muşul, İcra, s. 748.

<sup>71</sup> “...Somut olayda satış ilanı kendisine tebliğ edilen borçlu yukarıda belirtilen yasa maddesi gereğince ihalenin feshini ihale tarihinden itibaren 7 gün içinde istemesi gerekirken İcra Mahkemesine verdiği ihalenin feshine ilişkin dava dilekçesini 4.4.2008 tarihinde havale ettirip aynı tarihte harcını yatırdığı anlaşıldığından bu istem yasal süreden sonra olduğundan mahkemece istemin işin esası incelenmeksizin reddine karar vermek gerekirken işin esasının incelenerek reddine karar verilmesi doğru değildir. Ancak istem reddedildiğinden mahkeme kararı sonuç itibarı ile doğru ise de bu durumda işin esası incelenmemiş olacağından şikayetçi borçlu aleyhine %10 para cezasına hükmedilemez. Mahkeme kararının bu nedenle bozulması gerekir ise de bu husus yeneden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir...”. Y. 12. HD. 15.1.2009, 19911/419, <<https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 14.6.2022.

*ihale alıcısı tarafından 21/12/2020 tarihli dilekçe ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123. maddesi gereğince davanın geri alındığına dair beyanda bulunulduğu akabinde davalıların davanın geri alınmasına muvafakat ettiklerine dair 21/12/2020 havale tarihli dilekçe sundukları Bölge Adliye Mahkemesince verilen 29/01/2021 tarihli ek karar ile ihalenin feshi isteminin şikâyet olduğu, dava niteliğinin bulunmadığı dolayısıyla davanın geri alınmasına ilişkin düzenlemenin ihalenin feshi istemine yönelik şikâyette sonuç doğurmayacağı gerekçesiyle davanın geri alınması talebinin reddine karar verildiği işbu kararın alacaklı tarafından temyiz edildiği anlaşılmaktadır... Dava, hüküm verildikten sonra da (hüküm kesinleşinceye kadar, temyiz veya karar düzeltme aşamasında da) geri alınabilir. Bu hâlde, verilmiş (ve fakat henüz kesinleşmemiş) olan hüküm geçersiz (hükümsüz) olur (Kuru, s.1687). Davalı davacının davayı geri almasına (açıkça) muvafakat etmezse, davaya devam olunur (Kuru, s.1688). Davanın geri alınması, bu beyanın verildiği anda sonuç doğurur...(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17/11/2020 tarih ve 2017/17-2635 Esas, 2020/906 Karar nolu kararı). Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflas Kanununun'da hüküm bulunmayan hallerde ancak İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça bir gönderme olması (İİK 50, 68/a-4 gibi) veya bu kararın özel ya da genel hükümlere aykırı olmaması hallerinde uygulanabilir. (Dairemizin 26/09/2016 tarih ve 2016/18410 Esas, 2016/19715 Karar nolu kararı). Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ile birlikte yapılan açıklamalar değerlendirildiğinde; **davanın geri alınması müessesinin niteliği gereği, ihalenin feshi şikâyetinde uygulanmasının önünde engel olmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki; Dairemiz yerleşik uygulamalarına göre şikâyet niteliğinde olmasına rağmen ihalenin feshi talebinde davadan feragat, davayı kabul müesseseleri de uygulanmaktadır. Somut olayda; hüküm kesinleşmeden davacının davasını geri aldığı davalıların ise açık rıza gösterdikleri görülmektedir. Bu durumda; davacının davanın geri alınmasına ilişkin beyanı ve davalıların açık rızası gözetilerek Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. Pek tabikidir ki; şikâyetçinin işin esasına girildikten sonra, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi kararının tebliği üzerine 21/12/2020 havale tarihli dilekçesi ile davasını geri aldığı gözetildiğinde ihale bedelinin %10'u tutarında para cezasından sorumluluğu devam edecektir..."<sup>72</sup>.***

Bu olayda, ihalenin feshi talebinin reddi yönünde hüküm verildikten sonra, istinaf aşamasında, hatta bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar

<sup>72</sup> Y. 12. HD. 22.3.2021, 2731/3202, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 15.6.2022.

verilmesinden sonra, ihalenin feshi talebi geri alınmıştır. Yargıtay, HMK m. 123 hükmünde düzenlenen davanın geri alınması<sup>73</sup> kurumundan hareketle, ihalenin feshi talebinin de geri alınabileceğine karar vermiştir. Ancak doktrinde, amacı ve sonuçları gözetildiğinde, ihalenin feshi talebinin geri alınmasının mümkün olmaması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir<sup>74</sup>. Çünkü ihale kamusal bir işlemdir ve bu nedenle ihalenin feshi de kamu düzenine ilişkindir. Ayrıca, şikâyet yoluyla ileri sürülen ihalenin feshi teknik anlamda bir dava olmadığından ve burada şikâyet eden sadece kişisel bir hakkının tanınmasını talep etmediğinden, ihalenin feshi talebinden feragat edilemez ve ihalenin feshi talebi geri alınamaz<sup>75</sup>.

Bu nedenle, Yargıtay'ın hele de hükümden sonra gerçekleşen ihalenin feshi talebinin geri alınmasına cevaz veren kararına katılmıyoruz. Yargıtay, bir taraftan ihalenin feshi talebine cevaz verirken, diğer taraftan buna rağmen ihalenin feshini talep edenin para cezasına ilişkin sorumluluğunun devam edeceğine karar vermiştir. Somut olayda ihalenin feshi talebi hakkında ilk derece mahkemesince işin esasına girilmiş, hatta esastan ret kararı verilmiş, bölge adliye mahkemesi de bu kararı doğru bulmuştur. Bu aşamadan sonra ihalenin feshi talebinin geri alınması sonuç doğurmayacağı gibi zaten hükümde esas bakımdan ret edilen bir talep olacağı için, para cezasına mahkûmiyetin varlığını koruması gerekir. Ancak kanaatimizce, eğer ihalenin feshi talebi hüküm verilmesinden önce geri alınmış olsaydı (geri alınabileceği kabul edildiği takdirde), bu halde işin esasına girilmiş olsa bile, talebin esası hakkında bir ret kararı verilmeyeceği<sup>76</sup> için, talepte bulunanın para cezasına mahkûm edilmesi söz konusu olmazdı<sup>77</sup>.

Yukarıda belirtilen olasılıklardan biri nedeniyle talebin reddine karar verilirse, mahkeme, **“ihalenin feshini talep edeni feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder”**. Bu değişiklik, hükümde yapılan en önemli değişikliklerden biridir. Çünkü, önceki düzenlemeye göre, kim olursa olsun ihalenin feshi talebinin esastan

<sup>73</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kudret Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 47 vd.

<sup>74</sup> Arslan, s. 191-192; Pekcanitez/Simil, s. 320; Aslan, s. 539 vd.

<sup>75</sup> Arslan, s.192; Pekcanitez/Simil, s. 320; Aslan, s. 341; Akyol Aslan, s. 314.

<sup>76</sup> Çünkü davanın geri alınması halinde, davanın esası hakkında bir karar verilemez. Aksine, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 123/1). Ayrıntı için bkz. Aslan, Geri Alma, s. 322 vd. Davanın açılmamış sayılması kararı ise, esasa ilişkin bir karar olmayıp, usuli nedenle davanın sona ermesine yol açan nihai bir karardır. Geniş bilgi için bkz. Kudret Aslan, “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, *MİHDER*, 9 (25), 2013, s. 29 vd.

<sup>77</sup> Kanun koyucu, 7343 sayılı Kanunla, ihalenin feshini talep eden bazı kişilerin, bu taleplerinden feragat etmesi halinde para cezasına mahkûm edileceklerini düzenlemiştir. Ancak, feragat bakımından yapılan bu düzenlemenin, ihalenin feshi talebinin geri alınması bakımından da aynı şekilde geçerli olacağı söylenemez. Çünkü davadan feragat ve davanın geri alınması kurumlarının hem hukuki nitelikleri hem de amaç ve sonuçları birbirinden farklıdır. Ayrıntı için bkz. Aslan, Geri Alma, s. 53 vd.; Akyol Aslan, s. 70 vd.



reddi halinde ihale bedelinin<sup>78</sup> yüzde onu oranında para cezasına mahkûm ediliyordu, yani oran sabitti. Hâkimin bu konuda bir takdir hakkı yoktu. Daha azına ya da fazlasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı. Yeni düzenlemeye göre hâkime bir takdir hakkı verilmiştir. Hükümün gerekçesine göre böylece, “... Para cezasının ihale bedelinin yüzde onunu geçmeyecek şekilde ve nispi bir oran olarak hakim tarafından belirlenmesine ilişkin hükümle, hak arama özgürlüğü bakımından makul bir denge gözetilmiştir...”. Belirtmek gerekir ki, hükümün eski haline karşı anayasa mahkemesine yapılan iptal başvurusu, mahkemece anayasaya aykırı bulunmayarak reddedilmişti<sup>79</sup>. Ancak anayasa mahkemesi daha sonra yapılan bireysel başvuru sonucunda verdiği bir kararında, öngörülen para cezasının icra takibinin sürüncemede bırakılmasına engel olma amacı taşıması nedeniyle meşru bir araç olduğunu teyit etmekle birlikte, söz konusu para cezasına somut olayın koşullarına göre karar verilmesi gerektiğini, oysa sabit bir oranın buna engel olduğunu kabul etmiştir<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Eskiden olduğu gibi şimdi de para cezası, muhammen bedele göre değil, ihale bedeline göre belirlenecektir. “... Mahkeme yaptığı yargılama sonunda davacı borçluların ihalenin feshine ilişkin taleplerini reddederek davanın reddine ve İİK.nun 134/2. maddesi uyarınca ihale bedeli olan 228.500,00 YTL. para cezasına hükmetmiş ise de; İİK.nun anılan maddesinde talebin reddi halinde davacının feshi istenilen ihale bedelinin %10 oranında para cezasına mahkûm edileceği hükmü düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece ihale bedelinin %10 yerine ihale bedelinin tamamı üzerinden para cezasına hükmedilmesi isabetsizdir...” Y. 12. HD. 23.7.2007, 3417/5788, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022. Aynı şekilde dosya alacağı üzerinden de para cezasına mahkûmiyet kararı verilemez. Bkz. Y. 12. HD. 5.7.2017, 4245/10170 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

<sup>79</sup> Anayasa Mahkemesi bu kararında özetle şu gerekçelere dayanmıştır: “... Takip hukukuna özgü bir yaptırımın düzenlendiği itiraz konusu kuralla, gereksiz ve dayanaksız başvurular önlenerek ihalenin kesinleşmesinin sürüncemede bırakılmasının engellenmesi, ihale sürecinin en kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesi ve bu sayede kamusal bir işlem olan ihaleye olan güvenin korunması ve artmasının sağlanması amaçlanmıştır. İtiraz konusu kural ile ihalenin feshi davasının reddi durumunda para cezası koşulu bulunmakla birlikte kamusal bir işlem niteliğinde olan ihale süreci yargı denetimi kapsamındadır. Satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler, şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde ihalenin süreci hakkında yargı yoluna başvurabileceği gibi her türlü nedene dayanarak ihalenin feshini isteyebilme olanağına sahiptir. Ayrıca, kuralla ihale ilgililerinin, icra mahkemeleri önünde davacı veya davalı olarak sahip oldukları anayasal hakları zedelenmemiş; bir takip hukuku tasarrufu olan ihaleye karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemelerin, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermeleri engellenmemiştir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır... Diğer taraftan, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de ölçülülük ilkesidir. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kullanım alanına ilişkin kuralların hakkaniyete uygun, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. İtiraz konusu kural ile ihalenin feshi davasının reddedilmesi durumunda hükmedilecek olan para cezası, ihalelerin parasal büyüklükleri ve haksız açılan ihalenin feshi davasıyla ihalenin kesinleşmesinin engellenmesi neticesinde doğacak zarar miktarının somut olaya göre değişeceği göz önünde tutularak nispi olarak belirlenmiştir. Düzenlemenin amacının, ihalenin feshi davasını açacakları iyi niyetli, esas saiki hak arama amacı olan, haklı nedenleri olan davaların açılmasına sevk etmek, bununla birlikte ihale sürecinin hızlı ve etkili biçimde gerçekleşmesini temin etmek olduğu anlaşıldığından, ihalenin feshi davasının reddedilmesi durumunda para cezasına hükmedilmesinin ve bu para cezasının da nispi bir oran olarak belirlenmesinin amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu görülmekle, kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden söz konusu düzenlemede hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır...”. AYM. 28.3.2013, 68/182, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 11.6.2022.

<sup>80</sup> Bu kararın bazı bölümleri şöyledir: “... Öte yandan 2004 sayılı Kanun’un 134. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen para cezası ihalenin feshi isteğinin esastan reddedilmesi hâlinde doğrudan uygulanmaktadır. Kanun’da herhangi bir üst sınır öngörülmediği gibi derece mahkemelerinin somut durumun

Yapılan değişiklik anayasa mahkemesinin bireysel başvuru nedeniyle vermiş olduğu kararındaki değerlendirmeler dikkate alınarak yapılmıştır ve sabit bir orandan vazgeçildiği için isabetlidir. Esasen doktrinde de sabit bir oran kabul edilmiş olması doğru bulunmamakta ve eleştirilmektedir<sup>81</sup>. Nitekim anayasa mahkemesine göre, maddi külfetin getirilmesindeki amaç ile başvuruçunun menfaatleri arasında adil bir denge kurulmalı, ihalenin feshi isteğinde bulunan kişilerin bu aşama öncesinde haciz ve satış işlemine müdahale etme imkânının bulunup bulunmadığı gözetilmeli, bu değerlendirmeleri yapacak yargı mercilerine somut durumun koşullarına göre takdir yetkisi tanıyan bir esneklik sağlanmalıdır. Gerçekten de hükmedilecek para cezası bakımından sabit bir oran yerine, somut olayın koşullarına göre hakime takdir yetkisi verilmesinin, anayasa mahkemesi kararı da dikkate alındığında isabetli olduğu, hak aramanın önündeki engeli önemli ölçüde kolaylaştırdığı ve bir menfaat dengesi sağladığı söylenebilir<sup>82</sup>. Ancak, hem para cezası hem teminat gösterme yükümlülüğü hem de harç ödeme yükümlülüğü birlikte düşünüldeğinde, getirilen yaptırımların ölçülü olmadığı, gerçekten de hak arama özgürlüğünü kısıtlayabileceği, ihalenin feshi talebinde bulunulmasını engelleyebileceği de söylenebilir.

Diğer taraftan, burada tereddüde neden olacak husus, hakimin bu takdir hakkını neye göre kullanacağıdır. Mesela yüzde 1'e her halde karar verecektir, ancak bunun üzerinde karar

---

*özelliklerini gözönünde tutmasını temin edecek bir esnekliğin sağlanmadığı ve hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı görülmektedir... Tüm bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda alacaklının haklarının korunmasındaki yarar ile başvuruçunun ihalenin feshini dava konusu edebilmesindeki menfaati arasında adil bir dengenin kurulamadığı, uygulanan para cezasının miktarının başvuruçuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediği ve bu durumun başvuruçunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kaldığı kanaatine varılmaktadır... İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır... Başvuruya konu olayda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği ve ihlalin doğrudan 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinden kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Diğer bir deyişle Kanun hükmü hâkime somut uyuşmazlığın özelliklerine uygun herhangi bir değerlendirme veya takdir yetkisi tanımamaktadır. Söz konusu hüküm, davanın reddinin bir sonucu olarak nispi oranda para cezasını zorunlu kılmakta ancak belirli nitelikteki bu nispi oran her olay için aynı şekilde mutlak olarak uygulanmaktadır...". AYM. 4.12.2015, 2015/18872: Anayasa Mahkemesi (ET: 11.6.2022).*

<sup>81</sup> Örneğin bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 231; Çon, s. 137-138. Hatta doktrinde, ihalenin feshini talep eden bakımından sadece para cezasının öngörölmüş olmasının dahi anayasadaki hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı, hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından böyle bir yaptırımın öngörölmüş olmasının doğru olmadığı, bu yaptırımın ihalenin feshi taleplerini engelleyebilecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Bilge Umar, "Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 704-705; Ejder Yılmaz, "İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değiştirdi (Değişikliklere İlişkin Düşünceler)", ABD, 1989 (1), s. 123.

<sup>82</sup> Nitekim doktrinde para cezasının sabit bir oran üzerinden (yüzde on) hükmedilmesinin uygulamada zaman zaman haksızlıklara yol açtığı ifade edilmiştir. Gerçekten de örneğin ihale bedelinin 500.000 lira olması halinde, talep esastan reddedildiğinde talepte bulunan 50.000 Lira para cezası ödeyecektir. Mesela bu kişinin alacağı 20.000 lira ise, alacağının çok üstünde, yargılama giderleri hariç para cezası ödeyecektir. Bkz. Pekcanitez vd., s. 235. Doktrinde para cezasının, alacaklının alacağına oranla alınması gerektiği ifade edilmişse de (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 235) kanun koyucu, bunun yerine hakime para cezasını ihale bedelinin yüzde onuna kadar takdir etme yetkisi vermiştir.

verebilmek için bir gerekçe göstermek zorundadır mı diyeceğiz. Yoksa dosya kapsamını bir bütün olarak değerlendirip ona göre mi takdir hakkını kullanacaktır. Ya da bu bir yaptırım olduğu için her zaman en azından yüzde 5'e karar verilip aşan miktar için mi gerekçe gösterilecektir. Mesela hakimin takdir hakkı istinafta, temyizde denetime tabi olacak mıdır? Olacaksa orada neye göre olacaktır. Burada belki, ihale miktarı, dayanılan ihalelerin feshi sebebi, dosyadaki vakalara göre, feshi istemenin amacı ve kimin istediği, haklılık durumu, hukuki yarar gibi kıstaslardan hareket edilebilir. Ayrıca burada anayasa mahkemesinin "... ihale konusu olan mülkün ne olduğu, bu mülkün diğer bireylerin hakları bağlamında özel bir güvenceye temas edip etmediği, başvuruçunun daha önceki safhalarda ihalelerin feshi davasıyla aynı sonucu elde edecek başka bir dava açma imkânını haiz olup olmadığı, uygulanan para cezasının -somut olayın koşulları çerçevesinde- tutarı ve başvuruçunun bu tutarı ödeme gücü gözönünde bulundurulur..." şeklindeki gerekçesinden de hareket edilebilir.

Para cezasına ilişkin bu değişikliğin zaman bakımından uygulaması derhal olacaktır. Zira İİK'ya eklenen geçici madde 18/4'e göre: "*134 üncü maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişiklikler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtayda görülmekte olan ihalelerin feshi talepleri hakkında uygulanmaz. Ancak, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalelerin feshi talepleri hakkında da uygulanır. Temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir*".

Bu hükme göre, para cezasına ilişkin değişiklik istinaf ve temyiz aşamasında mevcut olan derdest dosyalar bakımından da uygulanacaktır. BAM, kendisi hüküm verebileceği için doğrudan para cezasını takdir edebilecektir. Ancak Yargıtay, hüküm veremeyeceği normalde bozma nedeni yapabileceği hususu, bu kez bozma nedeni yapamayacak, değişikliği<sup>83</sup> uygulamak suretiyle hükmü düzelterek onayabilecektir. Ancak buradaki sorun, Yargıtay'ın takdir hakkını kullanıp kullanamayacağı, kullanabilecekse neye göre kullanacağıdır. Değişiklikten önce takdir hakkı yoktu ve mahkeme yüzde on oranında para cezasına karar veriyordu. Oysa değişiklikten sonra takdir hakkı kullanılabilir bir düzenleme yapılmıştır. Alt derece mahkemesinin yüzde on oranında para cezasına karar verdiği bir durumda, Yargıtay yüzde ona kadar olan kısmı nasıl takdir edecektir. Değişiklik Yargıtay'a açıkça

<sup>83</sup> Değişikliğin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Hakan Pekcanitez/Mine Akkan, "7343 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", *TBB Dergisi*, (160), 2022, s. 278 vd.

düzelterek onama yetkisi verdiğine göre, Yargıtay dosya kapsamına göre bu takdir hakkını kullanacak ve hükmü düzelterek onayacaktır.

Nitekim Yargıtay kısa süre önce verdiği bir kararında bu düzelterek onama yetkisini şu şekilde kullanmıştır: “... Somut olayda 350.000 TL muhammen bedelli taşınmazın 217.500 TL'ye ihale edildiği, muris babalarından kalan dava konusu taşınmaza kardeşleri ile birlikte elbirliği halinde malik olan davacı aleyhine 21.700 TL para cezasına hükmedildiği, ilk derece ve bölge adliye mahkemesince davanın ve istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesinin yerinde olduğu görülmekte ise de; temyiz incelemesi aşamasında yürürlüğe giren 7343 sayılı Kanunla değişik İİK'nun 135/5-3. maddesi gereğince fesih gerekçeleri ve fesih isteyenin sıfatı gözönünde bulundurulduğunda, davanın ihale süresinin uzatmaya matuf olmadığı anlaşılmalı, Anayasa'nın 13. maddesi düzenlenen ölçülülük ilkesi nazara alınarak davacı aleyhine hükmedilen para cezasının, ihale bedelinin % 5'ine indirilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir...”<sup>84</sup>. Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında, dosya kapsamını gözetererek; fesih gerekçeleri, fesih isteyenin sıfatı, davanın ihale sürecini uzatmaya matuf olup olmadığı ve anayasanın 13 ncü maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesini nazara alarak karar vermiştir.

## VI. İHALENİN FESHİ TALEBİNİN GÖREVSİZ VEYA YETKİSİZ MERCİE YAPILMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 sayılı Kanunla değişik İİK m. 134/7 hükmüne göre: “İhalenin feshine ilişkin şikâyet görevsiz veya yetkisiz icra mahkemesi veya mahkemeye yapılırsa, icra mahkemesi veya mahkeme evrak üzerinde inceleme yaparak başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı verir ve masrafını gider avansından karşılamak suretiyle dosyayı resen görevli veya yetkili icra mahkemesine gönderir. Bu kararlar kesindir”. Bu hükümde bold olarak işaretlenmiş olan yer 7343 sayılı Kanunla getirilmiştir. Buna göre değişiklikten önce ihalenin feshi talebinin görevli veya yetkili olmayan mahkemeye yapılması halinde, bu mahkeme sadece görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermekle yetiniyordu. Dosyayı kendiliğinden görevli ve yetkili mahkemeye gönderemiyordu. Doktrinde bu halde de HMK'nun 20 nci maddesinin uygulanması gerektiği kabul ediliyordu. Yani eğer görevsiz veya yetkisiz mahkemeye başvuran<sup>85</sup>, HMK m. 20'de öngörülmüş olan iki

<sup>84</sup> Y. 12. HD. 24.3.2022, 3185/3897, <<https://www.ictihatbulteni.com>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

<sup>85</sup> Yargıtaya göre, ihalenin feshini talep etmiş olan ilgiliden başka, ihalenin feshini istememiş olan alıcı, alacaklı ve borçlu gibi ilgililer de HMK m. 20'de öngörülen süre içinde yetkisiz mahkemeye başvurarak dava dosyasının yetkili mahkemeye gönderilmesini talep edebilir. Örneğin: “... İhalenin feshi isteminin İİK'nun 134. ve sonraki maddelerine göre incelenmesi ve şikâyet prosedürüne göre sonuçlandırılması gerekir. Açıklanan bu niteliğe göre ve ayrıca takip alacaklısının ve ihale alıcısının da icra takibinin sürdürülmesinde ve borçlunun açtığı ihalenin

haftalık süre içinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini isterse, yedi gün içinde yapmış olduğu talebi süresinde yapılmış sayılmakta, görevli veya yetkili mahkeme talebi karara bağlamaktaydı. Eğer talepte bulunan HMK m. 20'de öngörülen iki haftalık süre içinde başvurarak, dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini istemezse, ihaleinin feshi talebi yapılmamış (ihaleinin feshi davası açılmamış) sayılıyordu<sup>86</sup>.

Yapılan değişiklikten sonra, artık HMK m. 20 hükmündeki prosedürün işletilmesine, taraflardan birinin başvuruda bulunmasına gerek yoktur. Çünkü artık ilgili merci (icra mahkemesi ya da mahkeme) masrafını gider avansından<sup>87</sup> karşılamak suretiyle dosyayı **resen** görevli veya yetkili icra mahkemesine gönderecektir ve bu karar kesin olacaktır. Her ne kadar mahkeme dosyayı resen gönderecek ise de tarafların da özellikle mahkemenin bunu unutmaması ya da geciktirmesi halinde, hartırlatması mümkündür. Kanunun gerekçesine göre, bu düzenleme ile dosyanın görevsiz veya yetkisiz mahkemede gereksiz yere beklemesinin önüne geçilecek ve ihaleinin kesinleşme sürecinin uzaması engellenecektir. Bu amaçları dikkate alındığında, mahkemenin dosyayı resen görevli veya yetkili mahkemeye göndermesinin isabetli olduğu söylenebilir. Ancak burada resen gönderme söz konusu olduğu için, bu düzenlemenin tasarruf ilkesine uygun olup olmadığı düşünülmesi gerekir. Zira belki de talep eden süreci devam ettirmeyecektir.

Diğer taraftan, talepte bulunanın başvurmasına gerek olmaksızın, mahkeme dosyayı resen görevli ve yetkili icra mahkemesine gönderecektir. Ancak hükümde yer alan ifadeye göre, bunun için gerekli masraf, gider avansından<sup>88</sup> karşılanacaktır. Bu değişiklikten önce, doktrinde, icra mahkemesinde görülen ve dava niteliğini taşımayan taleplerden gider avansı alınmayacağı genel olarak kabul edilmekteydi<sup>89</sup>. Doktrine göre, bir dava niteliğini taşımayan

---

*feshi davasının sonuçlandırılmasında hukuki yararları bulunduğu gözönüne alındığında adı geçenlerin yetkili mahkemede davayı takip hakları vardır...*". Y. 12. HD. 28.4.2003, 6529/9510, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

<sup>86</sup> Kuru, s. 707, 709; Arslan, s. 160-161; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 233; Muşul, s. 438 vd.; Çon, s. 89; Dönmez, s. 450. Yargıtay da bu şekilde karar veriyordu. Örneğin: "... Somut olayda; ihaleinin feshi şikayetinde .... İcra Hukuk Mahkemesi tarafından dosya üzerinden yetkisizlik kararı verildiği, kararın şikayetçi vekiline 15.08.2015 tarihinde tebliğ edildiği, dosyanın yetkili ...İcra Hukuk Mahkemesine gönderilme talebinin HMK'nun 20.maddesinde belirtilen iki haftadan sonra 26/08/2015 tarihinde yapıldığı anlaşılmıştır. İhaleinin feshi şikâyetinin dinlenebilmesi için dosyanın süresinde yetkili İcra Hukuk Mahkemesine gönderilmesi gerekir. Dosya süresinden sonra gönderilmişse süre aşımından şikâyetin reddi gerekir...". Y. 12. HD. 11.5.2016, 10170:13841, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

<sup>87</sup> Her ne kadar ihaleinin feshi teknik anlamda bir dava olmasa da uygulamada, ihaleinin feshi talebinde bulunanın da gider avansı yatırması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin bkz. Y. HGK. 12.11.2020, 349/1031, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

<sup>88</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mustafa Özbek, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 3. B., Yetkin Yayınları, 2018, s. 82 vd.

<sup>89</sup> Kuru, s. 104, 276, 337, 715, 778, 943; Arslan vd., s. 351; Özbek, s. 82 vd. Ancak Pekcanitez/Simil'e göre (s. 297 vd., s. 303-301), şikâyetin duruşmasız olarak incelendiği hallerde, gider avansı alınmaması gerekmekte ise

ihalenin feshi taleplerinde, gider avansına ilişkin HMK hükümleri değil, Tebligat Kanunu'nun 5 ve 34'üncü maddesi uygulanmalıdır<sup>90</sup>. Yargıtay bazı kararlarında gider avansı alınması gerektiğine karar vermişken<sup>91</sup>, diğer bazı kararlarında, teknik anlamda dava niteliğini taşımayan şikâyet taleplerinde gider avansı alınamayacağına karar vermiştir<sup>92</sup>.

Bunun önemi, gider avansının süresinde yatırılmaması halinde, davanın usulden reddedilmesidir, zira gider avansının yatırılmış olması HMK m. 114/g'de dava şartı olarak düzenlenmiştir<sup>93</sup>. Ancak doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, "İcra ve İflas Kanununa göre icra ve iflâs harçları kanun tarafından belirlenir. Kanunda aksi yazılı değilse, bütün harç ve icra takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı, yapılmasını talep ettiği işlemin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken, borçlunun yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da gider avansı olarak icra dairesine peşin öder ve borçludan ilk tahsil edilen paradan öncelikle masraflarını alabilir. Takip masrafları, takip neticesinde ayrıca hüküm ve takibe hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunur. İcra ve İflas Kanununda alacaklının icra takibine başlarken, takip sürecinde yapılacak icra takip işlemlerini (örneğin fiili haciz, kıymet takdiri, satış) karşılamak üzere bir takip gider avansı yatırması zorunluluğu öngörülmemiş; takip talebinde bulunurken sâdece tebligat masraf avansını vermesi yeterli sayılmıştır. Haciz veya satış gibi alacaklının talebi üzerine yapılacak olan icra takip işlemlerinin masrafları,

de, duruşmalı olarak incelendiği hallerde, HMK m. 120'de düzenlenen gider avansına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

<sup>90</sup> Kuru, s. 104, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 351.

<sup>91</sup> Örneğin: Y. 12. HD. 17.3.2017, 2130/4074, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. Aynı yönde, Y. 12. HD. 20.2.2017, 29846/2187; Y. 12. HD. 4.7.2018, 10711/7319, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. Ancak bu kararların karşı oyunda hep şu gerekçeye yer verilmiştir: "... İhaleinin feshi istemi şikâyet niteliğinde olup gider avansına ilişkin hükümler şikâyetlerde uygulanamaz. İİK'nun 134. maddesinin ikinci fıkrasına göre, taraflar gelmese bile mahkemece karar verilmesi gerektiğinden mahkemenin usulden red kararı isabetsiz olup işin esasının incelenmesi gerektiği yönünden kararın bozulması gerekmektedir... Bu konuda Tebligat Kanunu'nun 5 ve 34/II. madde hükümleri uygulanmalıdır. Şöyle ki; şikâyet eden, şikâyet dilekçesinin karşı tarafa tebliği giderini, şikâyetin duruşmalı incelenmesine karar verilirse, duruşma davatıyesi giderini peşin ödemek durumundadır. Aksi halde şikâyetçi, şikâyetinden vazgeçmiş sayılır. İcra mahkemesi şikâyetin incelenmesi sırasında keşif ve bilirkişi incelemesine veya tanık dinlenmesine karar verilirse delil avansı istemeli, süresinde delil ikamesi avansı yatırılmazsa, avansı yatırılmayan delil dışındaki delillere göre şikâyet konusunda bir karar verilmelidir...".

<sup>92</sup> "...Öncelikle belirtilmelidir ki, borçlunun haczedilmezlik şikâyetine ilişkin başvurusu İİK'nun 16. maddesine dayalıdır. Şikâyet İcra ve İflas Hukukuna özgü bir kanun yolu olup, dava olmadığından Medeni Usul Hukukunda düzenlenen davaya ilişkin kurallar ve bu anlamda HMK'nun gider avansına ilişkin hükümleri şikâyetler hakkında uygun düştüğü ölçüde uygulanır...". Y. HG., 5.4.2017, 1141/641, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. "... İİK'nun 128/a maddesinin 1. fıkrasında yer alan şikâyet tarihinden itibaren 7 gün içinde gerekli masraf ve ücretin yatırılmasına ilişkin düzenleme HMK'da öngörülen gider avansının özel şeklidir. Bu hükmün uygulanabilmesi için itiraz edenin yatırması gereken miktarın mahkemece belirlenmiş olması gereklidir. İtiraz eden, yasada yazılı olan ve gerekli masraf olarak ifade edilen miktar saptanmadan bu masrafı kendiliğinden belirleyip yatıramaz. Zira, hâkimin emri olmadan vezneye paranın yatırılması mümkün değildir. Mahkeme heyetinin yasal yolluğunun belli olduğu düşünülse bile, kalan keşif gideri için ne miktar avans yatıracağını itiraz eden bilemez...". Y. HGK. 12.11.2020, 349/1031, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

<sup>93</sup> Gider avansının bu niteliği hakkında ayrıntı için bkz. Özbek, s. 147 vd.

talepten sonra alacaklı tarafından icra dairesine peşin (avans) olarak ödenmelidir. Alacaklının, takibinin ilerleyen aşamalarında yapılmasını talep ettiği icra takip işlemlerinin masrafını, bu talebinin ardından peşin vermesi zorunlu olup, buna dair kanun hükümleri ile gider avansının süresinde verilmemesinin yaptırımı, her bir işleme ilişkin kanun maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin taşınırların fiili haczi, gerektiğinde mahcuz taşınır veya taşınmazların muhafaza, idare ve işletilmesi masrafları, haczedilen alacağın tahsil masrafları veya paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını alacaklı, her bir işleme ilişkin talebini yaparken avans olarak icra dairesine yatırmak zorundadır<sup>94</sup>.

Kanun koyucu, ihalenin feshi dosyasının (talebinin) görevli veya yetkili icra mahkemesine, resen gönderileceğini kabul etmekle birlikte, bunun için gerekli masrafın gider avansından karşılanacağını ifade etmiştir. Biraz önce belirtildiği üzere, İİK’unda takip talebinde bulunulurken ve takibin sonraki aşamalarında “gider avansı” yatırılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur<sup>95</sup>. Yani HMK m. 120 de öngörülen ve HMK m. 114/1-g’de dava şartı olarak düzenlenen gider avansı, İİK’da takip şartı olarak düzenlenmemiş ve HMK hükümlerine de bir yollama yapılmamıştır. Buna rağmen kanun koyucu burada gider avansı kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Üstelik gider avansı yatırılmamışsa (ya da eksik olup da tamamlanmamışsa) bunun nasıl bir sonuçla (yaptırımla) karşılaşacağını da düzenlememiştir. Dolayısıyla, kanaatimizce kanun koyucunun m. 134/7 hükmünde “gider avansı” kavramını kullanması isabetli olmamıştır. Bunun yerine, sadece bu masrafın ödenmemesine ilişkin bir düzenleme yapılması daha uygun olurdu. Örneğin mahkemenin dosyayı resen gönderebilmesi için talepte bulunanın gerekli gideri mahkemece verilen süre içinde yatırması gerektiği, aksi takdirde dosyanın görevli ve yetkili icra mahkemesine gönderilemeyeceği ve talebin süreden dolayı reddedileceği düzenlenebilirdi. Belki böylece tasarruf ilkesiyle de uyumlu bir düzenleme yapılmış olurdu.

## **VII. İHALENİN FESHİNİ İSTEME SÜRESİ BAKIMINDAN YAPILAN DEĞİŞİKLİK**

İİK m. 134/2’ye göre ihalenin feshi icra mahkemesinden şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde istenebilir<sup>96</sup>. İlgililerin ihalenin yapıldığı ana kadar cereyan eden muamelelerdeki yolsuzluklara en geç ihale günü ittıla peyda ettiği kabul edilir. Ancak

<sup>94</sup> Özbek, s. 98. Buna karşılık, İİK m. 128/a’daki kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvuran kişi için yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilmesi bakımından öngörülen düzenlemeden hareket eden bir görüş, özellikle durşmalı inceleme yapılan hallerde şikâyet (ve dolayısıyla bu usule tabi olan ihalenin feshi) talepleri bakımından, gider avansının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Pekcanitez/Simil, s. 300.

<sup>95</sup> Özbek, s. 98.

<sup>96</sup> İhalenin feshini isteme süresi hakkında ayrıntı için bkz. Arslan, s. 170 vd.; Çon, s. 103 vd.

yine İİK m. 134/10'a göre, "satış ilanı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihalede fesada bilahare vakıf olunmuşsa şikayet müddeti itıla tarihinden başlar. Şu kadar ki, bu müddet **ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten** itibaren bir seneyi geçemez". 7343 sayılı kanun değişikliğinden önce bu halde süre ihale tarihinden başlıyordu. Ancak artık bu hallerde süre ihale tarihinden değil, *ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten* başlayacaktır. Böylece 7343 sayılı kanunla ihaleye ilişkin olarak yapılan değişikliklerin bir sonucu olarak artık 1 yıllık azami sürenin başlangıç tarihi değişmiş olmaktadır.

### **VIII. İHALENİN FESHİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI**

İhalenin feshine ilişkin olarak yapılan değişikliklerin hangi anda yürürlüğe gireceği 7343 sayılı Kanunla İİK'na eklenen Geçici Madde 18/4 de düzenlenmiştir. Bu hükme göre: *"134 üncü maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişiklikler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtayda görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmaz. Ancak, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında da uygulanır. Temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir"*.

Buna göre kanun koyucu, ihalenin feshine ilişkin olarak yapılan değişikliklerin kural olarak hangi aşamada olursa olsun görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmayacağını düzenlemiştir. Kanaatimizce bu düzenleme olası karışıklıklar ve tereddütlerin önüne geçilmesi bakımından yerindedir. Ancak kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan ihalenin feshi talepleri hakkında 7343 sayılı Kanunla getirilen yeni hükümler uygulanacaktır. Ancak para cezasına ilişkin olarak getirilen hükümlerin derhal uygulanması esası kabul edilmiştir. Buna göre *ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında da uygulanır*. Hatta daha önce de belirtildiği üzere, temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir. Özetle, 7343 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 134 üncü maddesinde yapılan ve ihalenin feshini doğrudan ilgilendiren değişikliklerde, geçici madde



18/4 gereği, 30.11.2021 tarihinden önce ihaleinin feshi talebiyle icra mahkemesine başvurulmuş ve yargılama devam ediyor ise, para cezasının oranına ilişkin değişiklik hariç, hangi derecede olursa olsun söz konusu 134 üncü maddeye ilişkin değişiklikler derdest ihaleinin feshi yargılamalarında uygulanmayacaktır<sup>97</sup>.

## SONUÇ

7343 sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nun ihaleinin feshini ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir kısmının, kurumun uygulamada kötüye kullanılmasına bir tepki niteliği taşıdığı söylenebilir. Yapılan değişiklikle, mahcuzun resmi sicilinde kayıtlı bulunan ilgilileri ve sınırlı ayni hak sahiplerine ihaleinin feshi yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Eskiden bu hak sadece tapu sicilinde kayıtlı olan ilgililere aitti. Söz konusu değişiklikle, sadece tapu sicili değil, diğer resmi sicillerde yer alan ilgililere de bu hakkın tanınması isabetli olmuştur.

Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihaleinin feshi talebinin, ihale bedeli üzerinden nispi harca tabi tutulmuş olması ve bu harcın yarısının talepte bulunurken peşin olarak alınması kabul edilmiştir. Hatta talep ret edildiğinde kalan harç yine nispi olarak tahsil edilecektir. Söz konusu harcın sadece belirli kişiler için öngörülmüş olması, eşitlik ilkesi bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir. Ayrıca hem nispi harç olması hem de talebin reddi halinde bile kalan kısmının maktu olarak değil de yine nispi olarak alınması isabetli olmamıştır. Üstelik bu harç yatırılmadığı takdirde sonuçlarının ne olacağı da açıkça düzenlenmemiştir.

Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihaleinin feshi talebinde, talepte bulunulurken, ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şartı getirilmiştir. Teminat gösterilmezse sonucunun ne olacağı hakkında düzenleme yapılması, olası tereddütleri önlemesi bakımından isabetli olurdu. Tıpkı harç ödenmesinde olduğu gibi bu zorunluluk da sadece belirli kişiler için öngörülmüştür ki, bunların başında, pey sürerek ihaleye katılan kişiler gelmektedir. Bu kişilerin hem harç ödemesi hem de teminat göstermesi, sanki baştan bu talebi kötüniyetli olarak yaptıkları izlenimini doğurmaktadır ki, bu şekilde bir düşünce isabetli sayılamaz. Hem harç ödeme hem de teminat gösterme yükümlülüğü birlikte düşünüldüğünde, bu düzenlemeler, hak arama özgürlüğünü ve adalete erişimi engelleyebilecek bir sonuca yol açabilecek niteliktedir.

<sup>97</sup> Bu hükümlerin zaman bakımından uygulanması hakkında bkz. Pekcanitez/Akkan, s. 278 vd.

İhalenin feshi talebinin reddedilmesi halinde, kimlerin hangi koşulda para cezasına mahkûm edileceği daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bazı kişiler, talep esastan ya da usulden reddedilsin her halde para cezasına mahkûm edilecektir. Kanunda sayılan kişiler dışında kalanlar, esas olarak ihalenin feshi talebinde neredeyse hiçbir hukuki yararı olmayan ilgisiz kişilerdir. Bu nedenle, bunların her halde para cezasına mahkûm edilecek olması, kurumun kötüye kullanılmasına engel olma sonucunu sağlayabileceği için isabetli sayılabilir. Bazı kişiler ise ihalenin feshi talebinden feragat ederse, para cezasına mahkûm edilecektir. Özellikle bunlar arasında pey sürerek ihaleye katılan kişiler vardır. Bunun yanında ilgisiz kişiler de buna dahildir. Şimdiye kadar uygulamada edinilen tecrübeler ve yaşanan sorunlar dikkate alındığında, bu düzenleme de isabetli sayılabilir. Çünkü, söz konusu kişiler ihale sürecini uzatmak ve özellikle alıcıdan haksız kazanç sağlamak adına, önce ihalenin feshini talep ediyor, bilhassa istedikleri menfaati elde edince sonra feragat ediyorlardı. Bu halde para cezasına mahkûmiyet olup olamayacağı tereddütlere neden oluyordu. Dolayısıyla söz konusu değişiklik, durumu açıklığa kavuşturduğu için yerinde olmuştur.

Diğer taraftan ihalenin feshini kim talep ederse etsin talebin esatan reddi halinde, mutlaka belirli bir oranda para cezasına mahkum edilecektir. Burada talebin sadece esastan reddedilmiş olması yeterlidir. Talepte bulunanın kötüniyetli olması da şart değildir. Yapılan değişiklikte belki kötüniyet şartı aranabilirdi, zira talepte bulunan haklı olduğunu düşünerek bu yola başvurmak isteyebilir. Ancak, bu konuda ortaya çıkabilecek sorun, para cezasının oranı konusunda hakime verilen takdir yetkisi ile aşılabilir. Çünkü artık sabit olarak yüzde on para cezasına mahkumiyet kaldırılmış, bunun yerine yüzde ona kadar bir para cezasına mahkum edilme hali kabul edilmiştir. Buna göre hakim, talepte bulunanın kim olduğunu, başvuranın dosya kapsamına göre haklılık durumu ve amacını dikkate alarak, para cezasını hakkaniyete uygun bir şekilde belirleyebilecektir. Bu açıdan sabit bir oran yerine, hakime takdir hakkı tanıyan bir düzenlemenin yapılması isabetli olmuştur.

Bunların dışında, ihalenin feshi talebinin usulden reddi gereken hâllerde duruşma yapılmadan da karar verilebilmesine; ihalenin feshine ilişkin şikâyetin görevsiz veya yetkisiz icra mahkemesi veya mahkemeye yapılması halinde, bu mahkemenin masrafını gider avansından karşılamak suretiyle dosyayı resen görevli veya yetkili icra mahkemesine göndermesine; satış ilanı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihalede fesada bilahare vakıf olunmuşsa şikâyet müddetinin, ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten itibaren bir seneyi geçemeyeceğine ilişkin değişikliklerin temelde isabetli olduğu savunulabilir.

---

Sonuç olarak, kanun koyucunun, 7343 sayılı Kanunla, ihalelerin feshi hakkında getirmiş olduğu yeni düzenlemelerin, söz konusu kurumun uygulamada kötüye kullanılmasına bir tepki olarak getirildiği, bazıları isabetli olmakla birlikte, özellikle yaptırım niteliği taşıyan ya da yaptırımla karşılaşma sonucu doğuran bazı düzenlemelerin ise, amaç-araç (ya da menfaat) dengesi gözetildiğinde aşırı bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

## KAYNAKÇA

- Akyol Aslan L, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Yetkin Yayınları, 2011.
- Akyazan S, *Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi*, Kurtulmuş Matbaası, 1959.
- Ansay S Ş, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 4. B., İstiklal Matbaacılık, 1960.
- Arslan A S, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 16 (2), 2015, s. 943-974.
- Arslan R, *İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. B., Yetkin Yayınları, 2021.
- Aslan K, *Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*, Yetkin Yayınları, 2016 (Aslan, Geri Alma).
- Aslan K, “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, *MİHDER*, 9 (25), 2013, s. 29-113.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. B., Yetkin Yayınları, 2022.
- Belgesay M R, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 4. B., Sıralar Matbaası, 1954.
- Çon Ö, *İhalenin Feshi*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Dönmez M, *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Erdönmez G, “İcra ve İflas Hukukunda İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 4 (10), 2008, s. 357-408.
- Erturgut M, *İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Yetkin Yayınları, 2000.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. 2. B., Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. B., Yetkin Yayınları, 2010 (Muşul, İcra).
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, 1. B., Adalet Yayınevi, 2016.
- Namlı M, *İcra Hukukunda Taşınmazların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Öktemer S, “İhalenin Feshi Davasını Açma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, 18 (3), 1992, s. 396-411.
- Özbek M, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 3.B., Yetkin Yayınları, 2018.
- Özekes M, “Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu”, *GSÜHFD*, (1), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, s. 527-540.
- Pekcanitez H/Akkan M, “7343 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, *TBB Dergisi*, (160), 2022, s. 259-297.
- Pekcanitez H/Atalay O/Sungurtekin Özkan M/Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 7. B., On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- 
- Pekcanitez H/Simil C, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. B., Vedat Kitapçılık, 2017.
- Postacıoğlu İ, *İcra Hukuku Esasları*, 4. B., Fakülteler Matbaası, 1982.
- Rüzgaresen C, *Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Umar B, “Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 685-705.
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları*, 7. B., Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yeşilova B, “İcra ve İflas Kanunu’na Göre Taşınırın Açık Artırma Yoluyla Satışında İhaleinin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Emel Hanağası/Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. 2, Yetkin Yayınları, 2015, s. 1787-1828.
- Yılmaz E, “İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değişti (Değişikliklere İlişkin Düşünceler), *ABD*, 1989 (1), s. 105-135.



# ELEKTRİK PİYASASINDA MÜCBİR SEBEP KAVRAMI VE UYGULAMASI

Beşir Fatih DOĞAN\*

## ÖZET

*Elektrik piyasasında faaliyet göstermek isteyen kişiler, yürütecekleri faaliyetlerin türüne bakılmaksızın kural olarak EPDK'dan "lisans" almak zorundadır. Lisans piyasaya giriş iznidir. Elektrik üretim faaliyetinde diğer faaliyetlerden farklı olarak önlisans müessesesi düzenlenmiştir. Lisans veya önlisans sahipleri, mevzuatta düzenlenen yükümlülüklerini süreleri içinde yerine getirmek zorundadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde EPDK tarafından; idari para cezası verilmesi, önlisansın veya lisansın iptali gibi yaptırımlar uygulanmaktadır. Yükümlülüklerin yerine getirilmesine engel bir mücbir sebep halinin varlığı halinde ise yükümlülüklerin askıya alınması veya süre uzatımı verilmesi gündeme gelmektedir.*

*Elektrik piyasasında mücbir sebebe ilişkin EPK'da ve EPLY'de düzenlenmeler yapılmıştır. Ancak EPK ile EPLY'nin kapsamı birbirinden farklıdır. Şöyle ki, mücbir sebep hallerine ilişkin EPK'da sadece üretim faaliyetine ilişkin hükümler bulunurken, EPLY diğer faaliyetleri de kapsamaktadır. Ayrıca EPK 5/7'de mücbir sebep hâlleri ile lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler ayırımına gidilmişken, EPLY 35'te böyle bir ayırım yapılmamıştır. Bu durumda lisans sahibinin kendisinden kaynaklanmayan üçüncü kişinin eylemlerinin veya idareden kaynaklanan sebeplerin mücbir sebep olarak kabul edilip edilmeyeceğinin, edilir ise kapsamının ve sınırının ne olacağı tartışılması gerekmektedir.*

*Çalışmamızda; elektrik piyasasında mücbir sebep kavramı, mevzuattaki hükümlere getirilen eleştiriler, mücbir sebebe ilişkin EPDK ve yargı uygulamaları başlıkları üzerinde durularak doğabilecek hukuki problemlerin tartışılması çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Elektrik Piyasası, EPDK, Haklı Sebep, Kurul Kararı, Lisans, Mücbir Sebep, Ön lisans, Piyasa Faaliyetleri.

## THE CONCEPT AND IMPLEMENTATION OF FORCE MAJEURE IN THE ELECTRICITY MARKET

### ABSTRACT

*The ones who want to be an actor in the electricity market must get a license from the Energy Market Regulatory Authority (EMRA) for an entry permit. It also requires getting a pre-license for electricity production activities. The licensees and the pre-licensees must fulfill the obligations in the legislation in time. Otherwise, in case of failure to fulfill the obligations, an administrative fine or revocation of license or pre-license may be imposed as administrative sanctions EMRA. However, in case of force majeure reasons, suspension of obligations or extension of time becomes a current issue.*

*Force majeure has been regulated in many fundamental legislations, especially in the EML*

---

\* **Doç. Dr.**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** bfdogan@hacettepe.edu.tr,

**ORCID:** 0000-0003-3683-7171

**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1150610

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 29/07/2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 20/09/2022

*and Electricity Market License Regulation EMLR. However, in regarding with force majeure, there are incompatible provisions in the EML and EMLR that will lead to different interpretations. In such a way that, the EMLR also includes the other activities such as distribution, transmission, supply, etc. regarding force majeure, while there are only provisions relating to the production activity in the EML. In addition, in accordance with the seventh paragraph of Article 5 of EML, force majeure and justified reasons not arising from the licensee are differentiated. In contrast, in accordance with the thirty-fifth article of EMLR, without making such a distinction, it has been counted in an exemplary way which reasons will be considered as force majeure. In this case, it is necessary to discuss whether the actions of a third party that is not caused by the licensee itself or the reasons arising from the administration will be accepted as force majeure, and if so, what its scope and limit will be.*

*Within the scope of the explanations above, it is necessary to examine the possible legal problems that may arise in the electricity market related to force majeure. In this notification; it is aimed to discuss and analyze law problems that may arise by focusing on the titles of the concept of force majeure in the electricity market, the criticism of the provisions in the legislation, EMRA and judicial practices related to force majeure.*

**Keywords:** Board Decision, Electricity Market, EMRA, Force Majeure, Justification, License, Market Activities, Pre-License.

## GİRİŞ

Elektrik hizmetinin sunulmasına ilişkin oluşturulan sistemin, insan yapımı sistemler arasında en büyük ve en karmaşık sistemlerden biri olduğu savunulmaktadır.<sup>1</sup> Bu karmaşıklık elektrik piyasasının hukuki tarafına da yansımaktadır. Elektrik piyasasındaki birçok müessese hem kamu hukukunu ve hem de özel hukuku ilgilendirdiğinden elektrik piyasası hukuku interdisipliner<sup>2</sup> bir hukuk dalı olarak kabul edilmektedir. Elektrik piyasasındaki dağıtım, görevli tedarik, iletim ve piyasa işletim faaliyetleri düzenlemeye (regüle piyasaya) tabi piyasa faaliyetleridir<sup>3</sup>. Lisanssız elektrik üretimi dışında elektrik piyasalarındaki faaliyetler EPDK'den lisans almadan yürütülemez. Lisanslı elektrik üretim faaliyetinde bulunmak için öncelikle bir ön lisans alınması gerekir. Önlisans elektrik üretim tesisinin kurulabilmesi için gerekli hak ve izinlerin elde edildiği aşamadır. Lisans aşaması ise tesisin kurulması ve elektrik üretilmesi aşamasıdır.

Lisans veya ön lisans sahipleri, mevzuatta yer alan yükümlülüklerini süresi içinde yerine getirmek zorundadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde EPDK

<sup>1</sup> İ. Yılmaz Aslan/Alı İlıcak/Emre Önal/Erol Katırcıoğlu/Şahin Ardıyok/Banu Gültekin/Can Akçaoğlu, *Enerji Hukuku Cilt 1: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, 1. Bası, Ekin Basım Yayın, 2007, s. 1.

<sup>2</sup> İnterdisipliner kavramı müşterek bir konuda, belirli disiplin bilgisine farklı disiplinlerin katkı sağlaması olarak tanımlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lorraine Garkovich, "Aproposal for Building İnterdisciplinary Bridges", *Teaching Sociology*, 9 (2), 1982, s. 151- 168.

<sup>3</sup> Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m. 5/1'de; perakende satış tarifesi ile dağıtım tarifesinin yanı sıra bağlantı tarifesi, iletim tarifesi, toptan satış tarifesi, piyasa işletim tarifesi ve son kaynak tedarik tarifesi düzenlemeye tabi tarife türleri olarak düzenlenmiştir.



tarafından idari para cezası verilmesi, lisans veya ön lisansın iptali gibi yaptırımlar uygulanabilir. Ancak mücbir sebebin varlığı halinde yükümlülükler, faaliyetin türü ve yükümlülüğün niteliğine göre; ertelenebilir, askıya alınabilir, kaldırılabilir ya da yükümlülüklerin yerine getirilmesi için süre uzatım kararı verilebilir.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak mücbir sebep kavramına ve mücbir sebebin unsurlarına değinilecektir. Daha sonra elektrik piyasasında mücbir sebep kavramından ve mevzuattaki çelişkilerden bahsedilecek, mücbir sebep benzeri haller uygulamadan örneklerle açıklanmaya çalışılacak ve son olarak mücbir sebep kavramının elektrik piyasasındaki uygulamaları ile sonuçlarına değinilecektir. Genel bir hukuk terimi olan mücbir sebep kavramına farklı mevzuatlarda yer verilmiş olmakla birlikte çalışma konumuz elektrik piyasasında mücbir sebep kavramı ile sınırlandırılmış olup, elektrik piyasası mevzuatında bu müesseseyi ayrıntılı olarak düzenleyen EPK ve EPLY bakımından inceleme yapılacaktır. .

## I. MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

### A. Tanımı

Mücbir sebep, birçok hukuk dalında<sup>4</sup> karşımıza çıkan bir kavram olmakla birlikte mevzuatta sarıh bir tanımı yapılmamıştır. Mücbir sebep (force majeure) kavramının temeli Roma hukukuna dayanmakta olup 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu m. 1147 ve 1148'den diğer Kıta Avrupa hukuk sistemine aktarılmıştır<sup>5</sup>. Roma hukukuna göre borçlu, mücbir sebep halinde sorumluluktan kurtulmaktadır<sup>6</sup>. Mücbir sebepler, dışsal karakterli olup kusurluluğu ortadan kaldırır<sup>7</sup>.

Özel hukukta mücbir sebep *“borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, kaçınılmaz ve mutlak şekilde neden olan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay”* şeklinde

<sup>4</sup> Genel olarak borçlar hukuku açısından mücbir sebep kavramının incelendiği çalışma için bkz. Hale Şahin, *Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1 vd., Vergi hukuku açısından mücbir sebep kavramının incelendiği çalışma için bkz. Sedat Apak, “Vergi Hukuku’nda Mücbir Sebep Hali ve Zor Durumu Ayrımı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 2009, s. 31 vd., İdare hukuku açısından mücbir sebep kavramının incelendiği çalışma için bkz. Çınar C. Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (1), 2010, s. 263 vd., Başak Baysal/Murat Uyanık/Selim Yavuz, *Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler*, Prof. Dr. Muhammet Özekes (Ed.), *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021, 382; Soner Hamza Çetin, “Corona Virüs (Covid-19) Salgın Hastalığının Ceza Muhakemesi Hukukunda Yarattığı Etkiler”, Prof. Dr. Muhammet Özekes (Ed.), *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021, 1370-1383.

<sup>5</sup> Şahin, s. 51.

<sup>6</sup> Hilal Zilelioğlu, “Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütüne Genel Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 39 (1-4), 1982-1987, s. 243.

<sup>7</sup> Mehmet Batun, “Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, *Vergi Dünyası Dergisi*, (345), 2010, s. 63.

tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. Genel bir hukuk terimi olarak mücbir sebep için yapılan diğer bir tanım ise, borçlunun borcunu ihlaline mutlak surette kaçınılmaz bir biçimde neden olan öngörülemeyen harici bir olaydır<sup>9</sup>. Mücbir sebebin kusurdan uzak, sezilemeyen, karşı konulamayan gerçek bir olay şeklinde de tanımlandığı olmuştur<sup>10</sup>.

## B. Unsurları

Mücbir sebebin ayırt edici unsurları, kişinin iradesi dışında ortaya çıkması, önlenmesi ve öngörülmesi mümkün olmayan olaylar olmasıdır. Başka bir deyişle bir durumun mücbir sebep olarak nitelendirilmesi için olağanüstü olması zorunlu olmayıp, o durumun kişinin iradesi ile ortadan kaldırılamayan, öngörülemez ve önlenemez nitelikte olması yeterlidir. Yukarıda belirtilen tanımlardan hareketle mücbir sebebin unsurları, insan iradesine bağlı olmama, öngörülemezlik, önlenemezlik ve mücbir sebep ile normun ihlali arasındaki illiyet bağı olarak sayılabilir.

### 1. İnsan İradesine Bağlı Olmama

Mücbir sebep niteliğindeki durumun kişilerin iradesi dışında ortaya çıkan ve sorumluluk alanında olmayan bir hal olması gerekir. Bu unsur doktrinde *haricilik* unsuru olarak da adlandırılmaktadır<sup>11</sup>. Mücbir sebebin kaynağı sorumlunun, sorumluluk alanı içinde bulunmamalıdır. Başka bir deyişle failin dışında meydana gelen, sorumlu tutulabilecek kişi ile zarar arasına giren ve illiyet bağının kesilmesine sebep olan dışsal bir olaydır<sup>12</sup>. Örneğin

<sup>8</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Yetkin Yayınları, 2016, s. 582; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 361, 1975, <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/11673>>, Erişim Tarihi 7 Ocak 2022, s. 175; Müjde L. Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TMK m. 136)*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2016, s. 194; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet Hukuku)*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010 s. 464; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Turhan Kitapevi, 2018, s. 421; Y. 4. HD E. 1980/14082, K. 1981/217, 16.01.1981, <<http://www.kazanci.com>>, Erişim Tarihi 7 Ocak 2022.

<sup>9</sup> Zahit İmre, "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 13 (4), 1947, s. 1532-1536; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler*, 6. Bası, Sermet Matbaa, 1976 s. 816; Turgut Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/11640>>, Erişim Tarihi 7 Ocak 2022, s. 52; Tandoğan, s. 464; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitapevi, 1993, s. 1003 vd; Hüseyin Altaş, "Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. m.117)", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1991, s. 53; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 6. Bası, Filiz Kitapevi, 2016; s.15; Kurt, s. 194; Tamer İnal, *Borca Aykırılık ve Sonuçları*, 1. Bası, Papatya Bilim, 2009, s. 302; Andreas Furrer/ Markus Muller-Chen/ Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 326.

<sup>10</sup> Abdullah Pulat Gözübüyük, *Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, 2. Bası, Ankara Basım ve Ciltevi, 1957, s. 51.

<sup>11</sup> Eren, Genel Hükümler, s. 581; Tandoğan, s. 464 vd.; Altaş, İmkansızlık, s. 53 vd.; Kurt, s. 197; Şahin, s. 96, Ömer Seliçi, "Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı" *İdare Hukuku Alanındaki Sorumluluk: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s. 67.

<sup>12</sup> Ender Etem Atay, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Seçkin Yayınları, 2006, s. 599.

deprem nedeniyle binanın yıkılması ve bir kimsenin de bina altında kalarak hayatını kaybetmesi durumunda deprem bina dışında bir kaynaktan doğduğundan mücbir sebep sayılır. Keza, yıldırım düşmesi sonucu bir işyerinde çıkan bir yangından ölen işçinin durumu da aynıdır. Ancak yangın yıldırım düşmesi nedeniyle değil de işyerinde meydana gelen elektrik arızası sonucu ortaya çıkmışsa bu takdirde zarar veren mücbir sebep savunmasında bulunamaz<sup>13</sup>. Zira borçlunun kendi işletme faaliyetinden doğan zararlara kendisinin katlanması gerekmektedir<sup>14</sup>.

## 2. Öngörülemezlik

Öngörülemezlik, mücbir sebep teşkil eden olayın meydana geleceğinin önceden düşünülmemeyecek ve tahmin edilemeyecek nitelikte olmasını ifade eder<sup>15</sup>. Ancak sezilmezlik unsuru, objektif ölçü ve standartlardan çok, ispatı güç subjektif yetenekleri akla getirdiği, bilhassa da söz konusu idare olduğunda bilimsel, teknolojik gelişme ve imkânları göz ardı eder görüldüğü için bulanık kabul edilmiştir<sup>16</sup>. Bu bakımdan öngörülemeyen durumun, olayın kendisi mi yoksa ortaya çıkaracağı sonuçları mı olduğu doktrine tartışmalıdır<sup>17</sup>. Bir görüşe göre olay ile sonuçlarını birbirinden ayırmanın mümkün olmaması nedeniyle olayın sezilemez olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir<sup>18</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise önceden öngörülemeyen durum, olayın kendisi değil meydana getireceği sonuçlarıdır<sup>19</sup>. Zira günümüz teknoloji çağında neredeyse her olayın meydana gelebileceği öngörülebilmektedir. Bu nedenle de olayın öngörülemez olması gerektiği şeklindeki yorum, önceden tahmin edilebilir büyük çaplı doğal afetlerin mücbir sebep kapsamı dışında tutulmasına neden olacak mahiyette olup mücbir sebep kavramını daraltacak niteliktedir. Dolayısıyla bir olayın mücbir sebep teşkil edebilmesi için öngörülemezlik unsuru, olayın ortaya çıkaracağı sonuçlarda aranmalıdır.

Bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediğinin incelenmesinde her somut olayın

<sup>13</sup> Eren, Genel Hükümler, s. 581.

<sup>14</sup> Seliçi, s. 67.

<sup>15</sup> Eren, Uygun İlliyet Bağı, s. 183; Seliçi, s. 64; Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *İdare Hukuku Alanındaki Sorumluluk: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara, Türkiye, 12-13 Mayıs, 1979, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980 s. 50; Apak, s. 35; Gözübüyük, mücbir sebep, s. 51; Oğuz Sancaktar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 4. Bası, Seçkin Yayınları, 2014, s. 862; Esra Ekmekci/ Gülsen Güneş/Mahmut Kaşıkçı/ Gamze Gümüşkaya, “Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (2), 2020, s. 1082; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I*, 3. Bası, Turhan Kitapevi, 2007, s. 872.

<sup>16</sup> Yayla, s. 50; İnal, Mücbir Sebebin Unsurları, s. 36.

<sup>17</sup> İlgili tartışmalar için bkz. Evren, s. 284.

<sup>18</sup> A. P. Gözübüyük, s. 53.

<sup>19</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 583; Altaş, s. 55.

özellikleri dikkate alınmalıdır. Yapılacak incelemede olayın daha önce de aynı yerde meydana gelip gelmediği<sup>20</sup> tespit edilmelidir<sup>21</sup>.

### 3. Kaçınılmazlık

Kaçınılmazlık unsuru mücbir sebebin en önemli unsurudur. Kaçınılmazlık unsuru, mücbir sebep teşkil eden olayın kaçınılmaz bir şekilde davranış normunu veya borcun ihlalini ifade eder<sup>22</sup>. Kaçınılmazlık unsuru, mücbir sebepler yönünden önlenemezlik ve karşı konulmazlık kavramlarını da kapsar<sup>23</sup>. Esasen öngörülemezlik unsuru kaçınılmazlığın bir parçasıdır<sup>24</sup>. Kaçınılmazlık kavramının objektif mi yoksa subjektif mi olduğu doktrinde tartışmalıdır<sup>25</sup>. Kanaatimizce kaçınılmazlık kavramı objektif ve mutlak bir anlam taşımaktadır. Kaçınılmazlığın mutlaklığından maksat, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre gereken her türlü önlemin alınmış olmasına, her türlü imkan ve araca rağmen ihlalin hiçkimse tarafından önlenememesidir<sup>26</sup>.

### 4. İlliyet Bağı

Mücbir sebep teşkil eden durum ile borcun veya davranış normunun ihlali arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır<sup>27</sup>. Başka bir deyişle, mücbir sebep ile normun ihlali arasında uygun sebep sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Zira mücbir sebep ile yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bir hakkın kullanılmaması veya başvurunun yapılmaması arasında bir illiyet bağı bulunması halinde, mücbir sebebin hüküm ve sonuçları ortaya çıkar ve kişi ya yükümlülükten ya da zamanında yerine getirmemenin sonuçlarından kurtulur<sup>28</sup>.

## II. ELEKTRİK PİYASASINDA MÜCBİR SEBEP

<sup>20</sup> Atay, s. 598, Yayla, s. 52.

<sup>21</sup> Sancaktar, “*Sık sel baskını olan bir bölgede oluşan yeni bir sel baskını mücbir sebep olarak nitelendirilemez*”. s. 864.

<sup>22</sup> Gözübüyük, s. 54; Eren, Borçlar Genel, s. 582, Eren, İlliyet Bağı, s. 181; Şahin, s. 101; Seliçi, s. 63; Yayla, s. 50; Tandoğan, s. 464, Akıntürk, s. 52; Şahin, s. 99; Ekmekçi ve diğerleri, s. 1081; Tamer İnal, “Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları”, *İş Hukuku ve İktisat Dergisi (Kamu-İş)*, 4 (2), 1997, s. 37.; Mustafa Balcı, “Vergi Hukukunda Mücbir Sebebin Dava Sürelerine Etkisi”, <<https://vergialgi.net/vergi-hukukunda-mucbir-sebebin-dava-surelerine-etkisi>>, Erişim Tarihi 11 Ocak 2022.

<sup>23</sup> YHGK, E. 2017/11-90, K. 2018/1259, 27.06.2018, <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 7 Ocak 2022.

<sup>24</sup> Şahin, s. 101.

<sup>25</sup> İlgili tartışmalar için bkz Eren, Genel Hükümler, s. 582.

<sup>26</sup> Eren, Genel Hükümler, s. 582, Tandoğan, s. 465; Eren, Uygun İlliyet Bağı, s. 181; Furrer/ Muller-Chen/Çetiner, s. 327; Altaş, s. 54.

<sup>27</sup> Eren, Genel Hükümler, s. 582; Eren, Uygun İlliyet Bağı, s. 181; Altaş, s. 54; Ekmekçi ve diğerleri, s. 1082; İnal, Mücbir Sebebin Unsurları, s. 36.

<sup>28</sup> Turan Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 (2), 2019, s. 1527.

### A. Genel Olarak

Mücbir sebep kavramına hem EPK'nın hem de EPLY'nin çeşitli hükümlerinde yer verilmiştir. Her ikisinde de bir tanıma yer verilmemişken, EPLY'de bir olayın mücbir sebep sayılabilmesinin şartları belirlenmiş ve örnek mücbir sebep halleri sıralanmıştır. Bunun dışında her iki düzenleme de mücbir sebebin sonuçlarına ilişkin hükümler bulunmaktadır. EPK'nın "Lisans Esasları" başlıklı 5/7 maddesinde mücbir sebebin yaptırım uygulanmasına engel bir durum olduğu ve "Önlisans Esasları" başlıklı 6/5 maddesinde ise süre uzatımı verilmesinin ancak mücbir sebep halinde söz konusu olabileceği düzenlenmiştir. ELYP m. 35/1'de ise; mücbir sebepten etkilendikleri oranda önlisans ve lisans sahibinin yükümlülüklerinin, ertelenebileceği veya askıya alınabileceği, ancak yükümlülüklerin yerine getirilemeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda, önlisans ve lisans sahibinin yükümlülüğünün kaldırılmasına da karar verebileceği düzenlenerek mücbir sebep, EPK'daki düzenlemeye paralel olarak yaptırım uygulanmasına engel olan bir müessese olarak kabul edilmiştir.

### B. Mücbir Sebebin Unsurları

EPLY'nin 35. maddesinin 2. fıkrasında elektrik piyasasında uygulanacak mücbir sebebin unsurları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Bir olayın mücbir sebep hali sayılabilmesi için; olaydan etkilenen tarafın gerekli özen ve dikkati göstermiş ve tüm önlemleri almış olmasına karşın olayın önlenemeyecek, kaçınılamayacak ve öngörülemezlik olması ve bu durumun etkilenen tarafın ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemesi gerekir." Bu maddeye göre mücbir sebebin unsurları, öngörülemezlik, önlenemezlik ve mücbir sebep ile normun ihlali arasındaki illiyet bağı olarak sıralanabilir. Madde metninde "insan iradesine bağlı olmama" şartına ise yer verilmemiştir. Oysa borçlar hukukundaki mücbir sebebin unsurları arasında, mücbir sebep niteliğindeki durumun kişilerin iradesi dışında ortaya çıkan ve sorumluluk alanında olmayan bir hal olması gerektiği ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere EPLY'de düzenlenen mücbir sebep unsurları ile borçlar hukukundaki mücbir sebebin unsurları bu açıdan farklılık arz etmektedir. Bunun sebebi elektrik piyasasındaki mücbir sebep uygulamasının borçlar hukukundaki mücbir sebep uygulamasından farklı olmasıdır. Elektrik piyasasında mücbir sebep kavramı, elektrik üretim tesislerinin kurulmasının, işletilmesinin ve dağıtım ile görevli tedarik hizmetlerinin sunulmasının elektrik arz güvenliği açısından önemli olmasından dolayı geniş yorumlanmakta, esnetilmekte ve ihtiyaçlara cevap verir hale getirilmektedir. Uygulamadaki bu farklılık bu unsurun madde metnine yazılmamasına neden olmuştur. Nitekim uygulamada

insan iradesine bağlı olan bazı haller mücbir sebep olarak kabul edilebilmektedir. Ancak bu durum uygulamada benzer durumda olan kişiler hakkında farklı kararlar verilmesine sebep olmaktadır. Zira müessesenin gereği olarak kararlar somut kriterlere bağlı olmadan, subjektif değerlendirmeler sonucu verilmektedir. Bu da mücbir sebep nedeniyle süre uzatımı alınamadığı veya yükümlülüklerin ertelenmediği iddiasıyla birçok davanın açılmasına sebep olmaktadır. Dava sayısını azaltmak için mücbir sebebin varlığının tespitinde Kurumun azami hassasiyet göstermesi gerekmektedir. Daha da önemlisi kurumun bu hususta verdiği kararları gerekçeli vermesi ve yayınlaması, uygulama birliğinin sağlanmasına ve yargıya taşınan dava sayısının azalmasına imkan sağlayacaktır.

### **C. EPK ile EPLY'deki Düzenlemelerin Karşılaştırılması ve Kapsamı**

Kanundaki ve Yönetmelikteki mücbir sebebe ilişkin düzenlemeler arasında birtakım farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıkları, faaliyetin türü bakımından, mücbir sebep benzeri durumlar bakımından<sup>29</sup> ve mücbir sebebin sonuçları bakımından farklılık şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Ancak her iki mevzuat arasında kavram birliğinin bulunmadığını da ifade etmek gerekir.

#### **1. Faaliyetin Türü Bakımından**

EPK sadece üretim faaliyeti bakımından mücbir sebebi düzenlemekte, diğer piyasa faaliyetleri<sup>30</sup> için mücbir sebebin sonuçlarına yer vermemektedir. Lisans aşamasına ilişkin olarak EPK'nın 6/5 maddesinde “*Mücbir sebep hâlleri ile lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması veya kalan süre içerisinde kurulamayacağına tespit edilmesi hâllerinde lisans iptal edilir ve teminat mektubu irat kaydedilir.*” denmektedir. Aynı düzenleme nükleer enerji için Kanununun 6/10 maddesinde de yapılmıştır. Ön lisans aşaması bakımından ise Kanun'un 7/5 maddesinde “*Önlisansın süresi mücbir sebep hâlleri hariç yirmi dört ayı geçemez.*” denilmek suretiyle mücbir sebep sadece üretim faaliyeti bağlamında düzenleme konusu yapılmıştır.

Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde ise mücbir sebep düzenlemelerinin kapsamı daha geniştir. Sadece üretim değil, “*lisans ve önlisans sahipleri*” ifadesi kullanılmak suretiyle

<sup>29</sup> Kanun ve Yönetmelikte mücbir sebep halleri dışında mücbir sebep gibi hüküm ve sonuç doğuran bazı kavramlara yer verilmiştir. Bu çalışmada yönetmelik ve kanunda belirtilen bu kavramlar mücbir sebep benzeri hal olarak adlandırılmıştır.

<sup>30</sup> Piyasa faaliyetleri EPK m. 4/1'de tek tek sayılmış olup, buna göre üretim haricindeki diğer piyasa faaliyetleri; iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetidir.

diğer faaliyetler hakkında da mücbir sebep düzenlemeleri yapılmıştır. EPLY m. 35/1’de “Önlisans ve lisans sahibinin ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri, mücbir sebep hallerinde, etkilendikleri oranda, mücbir sebebin etkileri giderilinceye kadar, Kurul kararıyla ertelenebilir veya askıya alınabilir.” denilmek suretiyle lisansa konu her tür faaliyet bakımından mücbir sebep ve sonuçları düzenlenmiş olmaktadır.

Yönetmelik ile kanundan farklı olarak diğer lisans sahipleri yönünden de mücbir sebep düzenlemesi yapılmasının yasayı genişletecek bir düzenleme olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Yönetmelikler, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabilir. İdare tarafından kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılan yönetmelik hükümleri ile kanun hükümleri değiştirilemez<sup>31</sup>. Başka bir deyişle yönetmelik ile kanun hükümleri daraltılamaz ve genişletilemez. Nitekim Danıştay’ın bir kararında; “Türk hukuk sisteminde yönetmelikler normlar hiyerarşisinde yasa ve tüzükten sonra gelmekte oldukları gibi yönetmeliklerle yasalara aykırı veya yasa hükümlerinin değiştirici nitelikte hükümler sevk edilmesi de olanak dışıdır”.<sup>32</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Ancak kanuna aykırı olmadığı müddetçe kanundaki genel düzenlemelerden daha ayrıntılı düzenlemeler yapılabilir.<sup>33</sup> EPK m. 5/1-a’da; Başvuru ve değerlendirme usul ve esasları ile lisansların verilmesi, tadili, sona erdirilmesi, iptali, süreleri, süre uzatımı, yenilenmesi ve lisans kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin belirli bir süre askıya alınmasına ilişkin usul ve esasların EPDK tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenebileceği yer almaktadır. Yargı kararlarında da üretim lisansı dışında diğer lisans sahipleri yönünden de mücbir sebep kavramına yer verildiği görülmektedir. Nitekim bir dağıtım şirketinin sayaç okuma ve okunan değerleri PMUM’a bildirme yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiası ile uygulanan idari para cezasının iptali talebiyle açılan davada Danıştay 13. Daire tarafından “Temyize konu Mahkeme kararında, davacının fiilinin mücbir sebeplere ilişkin subjektif koşullar altında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin irdelenmediği, davacının faaliyet bölgesinde fiilin işlendiği Ekim 2012 - Aralık 2012 dönemindeki hava şartlarının ve güvenlik koşullarının davacıyı hangi ölçüde etkilediği somut olarak araştırılmadığı, mücbir sebeplere yönelik koşullar mevcut olsa dahi mevzuatta buna hangi sonuçların bağlandığının dikkate alınmadığı, davacının sayaç okumama ve/veya okunan değerleri PMUM’a bildirmeme şeklindeki fiilinin davacının tahmini tüketim değeri girme imkânıyla birlikte değerlendirilmediği görülmektedir. Bu durumda, davacının sayaç okuma ve

<sup>31</sup> Gözübüyük/Tan, s. 115.

<sup>32</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. D. E. 993/778- K. 994/254, 8.2.1994, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, (9), 1996, s. 203.

<sup>33</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku 1.Cilt*, 3. Bası, Ekin Basım Yayın, 2019, s. 1392.

*okunan değerleri PMUM'a bildirme yükümlülüğünün mücbir sebep koşulları altında gerçekleşip gerçekleşmediği somut olarak araştırıldıktan sonra, bu husus tahmini tüketim değeri girme imkanı ile birlikte değerlendirilerek yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden, dava konu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” şeklinde karar verilmiştir<sup>34</sup>.*

Kanunla lisans esasları, sona ermesi ve süre uzatımı vb. haller için yetki verilmiş olduğundan yönetmelik ile düzenlemeler yapılması hukuka uygundur. Kanunla yönetmeliğe lisans esasları ve mücbir sebebin etkileri yönünden yetki verilmemiş olsaydı yönetmelik hükümlerinin kanunu genişletecek şekilde düzenlendiği yorumu yapılabilirdi.

## **2. Mücbir Sebep Benzeri Durumlar Bakımından Farklılık**

Mevzuatta “*mücbir sebep*” kavramı dışında “*lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep*”, “*Kurul tarafından uygun bulunan hal*” kavramları zikredilmektedir. Bu kavramlar, özünde birbirlerinden farklı olmayan, sonuçları bakımından herhangi bir farklılık içermeyen ve uygulamada sıklıkla birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Kanunda mücbir sebep kavramı yanında lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep kavramına yer verilmişken yönetmelikte, kanunda geçen bu kavramların yanı sıra üretim faaliyeti bakımından “*kurul tarafından uygun bulunan hal*” kavramına yer verilmiştir.

Lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep kavramı, mücbir sebep niteliğinde olmayan ancak lisans sahibinin iradesi dışında ortaya çıkan bazı hallerde uygulama alanı bulur. Kurul tarafından uygun bulunan haller ise mücbir sebep niteliğinde olmayan ve lisans sahibinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın somut olayın şartları gereği kamu yararı da dikkate alınarak değerlendirilen hallerdir. Kurul tarafından uygun bulunan hallerin hiçbir değerlendirme kriteri olmadığından tamamen Kurul’un takdirindedir. Bu sebeple de oldukça subjektiftir ve benzer olaylarda Kurul’dan farklı kararların çıktığı görüntüsü meydana gelebilmektedir. Bu müessesenin üretim faaliyeti bakımından düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında arz güvenliğinin gerektirdiği durumlarda kuruma hareket alanı kazandırabilmek için düzenlendiği düşünülmektedir.

Uygulamada bu kavramlar sıkça birbirlerinin yerine kullanılmakta ve karıştırılmaktadır. İdare Mahkemesi tarafından verilen “*6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun ilgili düzenlemeleri dikkate alındığında, mücbir sebep halleri veya bu kapsamda*

<sup>34</sup> Danıştay 13. D. E. 2015/2008, K. 2021/32, 13.01.2021, <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 8 Ocak 2022.



*olmamakla birlikte lisans sahibi tüzel kişilerin kendilerinden kaynaklanmayan ya da başka idarelerin iş ve işlemleri gibi nedenlerle ortaya çıkan yükümlülüklerin süresi içinde yerine getirilmesini engelleyen ve geciktiren durumların varlığı, bunun açık bir şekilde ortada olması ve özellikle tüzel kişilik tarafından lisansa konu üretim tesisinin faaliyete geçirilebilmesi için yükümlülüklerin büyük bir kısmının yerine getirilmiş olması hallerinde, lisans tadili kapsamında sürelerin uzatılması yoluna gidilebileceği ...gecikmelerin ise davacıdan kaynaklanmadığı anlaşıldığından süre uzatımı talebiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin dava konusu işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” şeklinde Danıştay tarafından onanan karar belirttiğimiz kavram karmaşasını doğrulamaktadır<sup>35</sup>. Danıştay’ın birçok kararında başka idarelerin iş ve işlemleri nedeniyle meydana gelen gecikme mücbir sebep olarak değerlendirilmiş iken bu kararda mücbir sebep ve lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep dışında başka bir hal gibi değerlendirilmiştir.*

Bu kararda başka idarelerin iş ve işlemleri nedeniyle meydana gelen gecikme mücbir sebep halleri dışında tutulmuştur. Ancak Danıştay’ın birçok kararında başka idarelerin iş ve işlemlerinden kaynaklanan gecikme hali mücbir sebep olarak değerlendirilmektedir. Örneğin; Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen bir kararda<sup>36</sup> “*Temelinde davalı idarenin lisans verilirken yaptığı saptamadan kaynaklanan, iletim bağlantı anlaşması ve orman kullanımından çıkan sorunlar gibi başka idarelerin işlemlerinin de etkisi olan tesis tamamlama sürelerindeki azalma nedenleri ilgili mevzuat kapsamında mücbir sebeplerden olduğundan, davacı şirketin üretim lisansının iptaline ve bu karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” şeklinde karar verilmiştir. Benzer şekilde başka bir kararda<sup>37</sup> “*Davacı şirketin üretim lisansının "Lisansta Yapılan Tadiller "başlığını taşıyan bölümü incelendiğinde; 22.6.2004 gününde verilen üretim lisansında tesis tamamlanma süresinin 18 ay olarak öngörüldüğü, bu sürenin 18.8.2005 tarihli ve 537-24 Sayılı Kurul kararı ile 22 aya çıkartıldığı ve ardından sürenin 4.5.2006 tarihli ve 742-24 Sayılı Kurul kararı ile de 30 aya çıkartıldığı, lisansta öngörülen tesis tamamlanma tarihinin ise 22.12.2006 günü olduğu, ancak değişen yatırım parametreleri sebebiyle davacı şirketin neredeyse yatırım süresi kadar süre kaybettiği, temelinde başka idarelerin işlemlerinin de etkisi olan bu uzama nedenlerinin mücbir sebepler kapsamında*

<sup>35</sup> Danıştay 13. D. E. 2015/3954, K. 2021/4151, 02.12.2021, (Yayımlanmamış Karar).

<sup>36</sup> Danıştay 13. D. E. 2008/6905, K. 2011/1041 15.03.2011, <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 8 Ocak 2022.

<sup>37</sup> Danıştay 13. D. E. 2008/8245, K. 2011/1039 15.03.2011, <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 8 Ocak 2022.

*olduğu anlaşıldığından, tesis tamamlama süresinin uzatılması veya süre sonunun belirlenmesi hususlarında davalı idareye takdir yetkisi tanınmışsa da belirtilen nedenler karşısında tesis tamamlama süresini uzatmak durumunda olan davalı idarece, davacı şirketin 5.3.2008 tarihli mücbir sebep başvurusu kabul edilmeyerek üretim lisansının iptaline dair Kurul kararında hukuki isabet görülmemiştir.” şeklinde ve “inşaat öncesi aşamada karşılaşılan durumun mücbir sebep olarak nitelendirildiği, dolayısıyla dava konusu işlem tesis edilirken idareden kaynaklanan ve makul süreyi aşan gecikmenin bu durumdan etkilenen taraf bakımından haklı sebep teşkil edip etmediği ile üretim lisansına konu tesisin kurulması planlanan alana yönelik somut durumun mücbir sebep hali olarak idareden kaynaklanan gecikmenin bu durumdan etkilenen taraf bakımından haklı sebep teşkil edip etmediği ile üretim lisansına konu tesisin kurulması planlanan alana yönelik somut durumun mücbir sebep hali olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda gerekli inceleme ve değerlendirmenin yapılmadığı..”<sup>38</sup> şeklinde idareden kaynaklanan gecikmelerin mücbir sebep kapsamında olduğu değerlendirilmiştir. Yine benzer bir kararda da idareden kaynaklanan aksaklıklar nedeniyle doğan gecikmenin mücbir sebep sayıldığına karar verilmiştir<sup>39</sup>.*

Danıştay’ın bazı kararlarında, başka idarelerden kaynaklanan gecikmeler mücbir sebep olarak belirtilmiş iken bazı kararlarında ise mücbir sebep dışında ve lisans sahibinden kaynaklanmayan hal olarak değerlendirilmiştir. Kanaatimizce başka idarelerden kaynaklanan gecikmeler mücbir sebep değil, lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep niteliğindedir. Zira idareden kaynaklanan gecikmelerde mücbir sebebin unsurlarından öngörülemezlik unsuru eksiktir. İdarenin iş ve işlemleri göz önüne alındığında idareye yapılan başvurularda gecikme yaşanacağıının öngörülebilmesi pek tabidir. Bu nedenle idareden kaynaklanan gecikmelerin lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### **a. Lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler**

EPK m.5’te yükümlülüklerin yerine getirilmesinin istisnası olarak “*lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler*” kavramından bahsedilmektedir. Ancak mevzuatta bu kavram tanımlanmamakla birlikte örneklerine de yer verilmemiştir. Lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler; her somut olay bağlamında ayrı ayrı ele alınması gereken, mücbir sebep niteliğinde olmayan ancak lisans sahibinin iradesi dışında ortaya çıkan bazı hallerde uygulama alanı bulan, yargı kararları ile şekillenen, uygulamada mücbir sebep

<sup>38</sup> Danıştay. 13. D. E. 2019/825, K. 2019/1374 29.04.2019, (Yayımlanmamış Karar).

<sup>39</sup> Danıştay. 13. D. E. 2008/2501, K. 2009/6904 22.06.2009, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 9 Ocak 2022.

kavramı ile iç içe geçmiş bir kavramdır. Ayrıca mücbir sebep kapsamına girmeyen üçüncü kişiden kaynaklanan eylemler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak burada üçüncü kişinin eyleminin lisans sahibinin işletme faaliyeti kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi önem arz etmektedir. Zira işletme ve faaliyet içinde meydana gelen olaylar, lisans sahibinin risk alanında olup lisans sahibi sorumludur. Örneğin: Makine ekipmanında oluşan bir arıza nedeniyle tesisin geçici kabule hazır olmaması halinde üçüncü kişiden kaynaklanan arıza, lisans sahibinin işletme faaliyeti kapsamında olduğundan haklı sebep sayılamayacaktır.

Danıştay'ın bir kararında toplumsal tepkiler lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler kapsamında değerlendirilmiştir. Kararda Danıştay tarafından toplumsal tepkilerin lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı neden olup olmadığı incelenmiş ve proje güzergahında toplumsal tepkide bulunulduğuna ilişkin herhangi bir bilgi ve belgenin olmadığı, projenin iptaline yönelik olarak da yapılmış bir başvurunun bulunmadığı, dolayısıyla davacı şirketin yöre halkının tepkisi nedeniyle projenin revize edilmesi sonucunda gecikme yaşandığı iddiasına itibar edilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu süre uzatım talebinin reddine ilişkin kurul kararı hukuka uygun bulunmuştur<sup>40</sup>. Toplumsal tepkiler, projenin revize edilmesine sebep olacak nitelikte olsaydı ve bu durum ispatlanabilseydi o durumda haklı neden kavramında değerlendirilebilirdi. Örneğin ÇED veya İmar Plan Tadilatına karşı dava açılması sonucu yürütmeyi durdurma kararı verilmesi durumunda veya Plan Tadilatı ya da ÇED'in iptal edilmesi nedeniyle önlisans yükümlülüklerinin süresi içinde yerine getirilememesi durumu lisans sahibinden kaynaklanan haklı neden kavramı kapsamında değerlendirilebilir.

Belirtmek gerekir ki halk direnişi ve toplumsal tepkiler, EPDK tarafından mücbir sebep hali olarak değerlendirilmişken yukarıda yer alan Danıştay kararında lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep olarak değerlendirilmiştir. Bu karar haklı sebep ile mücbir sebebin uygulamada çoğu zaman karıştırıldığını ve aynı anlamda kullanıldığını göstermektedir.

Lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı neden kavramına lisans sahibi tarafından süresi içinde yükümlülüklerin yerine getirilmesi için başvuru yapılmasına rağmen idare tarafından süresi içinde ve gereği gibi işlem tesis edilmemesi durumu örnek olarak verilebilir. Örneğin; imar plan tadilatı kararının imzalanmaması, uçuş izninin verilmemesi gibi idare tarafından tesis edilmesi gereken işlemlerin süresi içinde yerine getirilmemesi durumu lisans

<sup>40</sup> Danıştay 13. D. E. 2019/4222, 2021/3743 K., (Yayınlanmamış Karar).

sahibinden kaynaklanmayan haklı nedendir.

Lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep kavramına başka bir örnek ise dava açılması gibi işletme faaliyeti kapsamına girmeyen üçüncü kişinin eylem ve işlemleridir. Örneğin elektrik dağıtım şirketinin, dağıtım sisteminde meydana gelen arıza nedeniyle elektriği kesmesi sonucu yükümlülüğün yerine getirilmemesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

### **b. Kurul tarafından uygun bulunan haller**

EPK'da mücbir sebep kapsamı dışında sayılan lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı nedenlerin varlığı hali sayılmışken EPLY m. 24/3-a'da bu kavramlara ek olarak "*Kurul tarafından uygun bulunan hallerin*" bulunması durumunda lisansın tadil edileceği belirtilmiştir. Yönetmelikte, yasadan farklı olarak haklı sebepler ifadesi yerine Kurul tarafından uygun bulunan hal kavramı da kullanılmış ve EPDK'ya tesis tamamlama süresinin uzatılması için takdir hakkı tanınmıştır.

Kurul tarafından uygun bulunan haller, mücbir sebep ve lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebeplerden farklı bir müessesedir. Yönetmelikte buna ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır. Bağımsız idari otoritelerin niteliği gereği Kurul'a tanınan bir takdir yetkisi niteliğindedir. Kurul tarafından uygun bulunan haller mücbir sebep niteliğinde olmayan ve lisans sahibinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın somut olayın şartları gereği lisans sahibine yükümlülüklerin tamamlanması için süre uzatımı verilebilecek hallerdir. Kurul tarafından uygun bulunan haller kavramına lisans sahibinin projeye ilişkin yükümlülüklerinin %90-95 oranında tamamlanma aşamasında gelmesi üzerine inşaat süresinin/çağrı mektubu süresinin sona ermesi durumu örnek olarak verilebilir. Bu durumda kamu yararı ilkesi gereğince Kurul tarafından takdir yetkisi kullanılarak tesisin tamamlanması için süre uzatım kararı verilebilir. Bu durumda Yönetmelikte bir düzenleme olmasaydı EPK m.5/7 uyarınca üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması nedeniyle lisansın iptaline karar verilecekti. Ancak kamu yararı ilkesi gereğince kurul tarafından takdir yetkisi kullanılarak tamamlanma aşamasına gelmiş ancak lisans süresi dolduğu için tamamlanamamış tesisin tamamlanması için süre uzatım kararı verilebilecektir.

Mücbir sebep, lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep veya Kurul tarafından uygun görülen hallerin varlığı, lisans sahibinin yükümlülükleri bakımından birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Ancak bu sonuçlar EPK ve EPLY'de farklı ve dağınık olarak düzenlenmiştir. Çalışmanın bu kısmında mücbir sebep ve benzeri hallerin EPK ve EPLY'de yer alan sonuçlarından bahsedilecektir.

### 3. Mücbir Sebep ve Benzeri Hallerin Sonuçları

Mücbir sebep, haklı sebep veya Kurul tarafından uygun görülen hallerin varlığı, lisans sahibinin yükümlülükleri bakımından birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Ancak bu sonuçlar çalışmanın başında da ifade ettiğimiz gibi EPK ve EPLY’de farklı ve dağınık olarak düzenlenmiştir.

#### a. Süre uzatımı

Lisans veya önlisans yükümlülüklerinin mevzuatta belirtilen süre içerisinde yerine getirilmesi zorunludur. EPK m. 5/7’ye göre mücbir sebep ve benzeri haller nedeniyle mevzuatta belirtilen yükümlülüklerin süresi içinde yerine getirilememesi durumunda mücbir sebebin etkileri giderilinceye kadar, etkilendikleri oranda süre uzatım kararı verilebilir. Örneğin; imar plan tadilatına karşı dava açılıp yürütmeyi durdurma kararı verilmesi sebebiyle yükümlülükler dava süresince yerine getirilememiş ise, o süre kadar ön lisans süresi uzatılır. Aynı şekilde çığ düşmesi sebebiyle haritalama çalışmaları yapılamaması, idarenin keyfi olarak işlemi zamanında tesis etmemesi de süre uzatım kararı verilebilecek durumlara örnektir. Mücbir sebep nedeniyle sürelerin uzatılması uygulamada en çok karşılaşılan sonuçtur.

#### b. Lisansın iptal edilmemesi

EPK m.6/10’a göre “...Kurul tarafından belirlenen süre içinde istenen belgelerin mücbir sebepler veya lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında Kuruma sunulmaması hâlinde üretim lisansı iptal edilir.” Bu hükümden mücbir sebep ve benzeri hal söz konusu olduğunda lisansın iptal edilmeyeceği ve kişiye belgeleri tamamlaması için uygun süre verileceği anlaşılmaktadır.

#### c. Yükümlülüklerin ertelenmesi veya askıya alınması

EPLY m. 35/1 uyarınca önlisans ve lisans sahibinin ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri mücbir sebep hallerinde, etkilendikleri oranda, mücbir sebebin etkileri giderilinceye kadar, kurul kararıyla ertelenebilir veya askıya alınabilir. Yükümlülüklerin ertelenebilmesi veya askıya alınabilmesi için mücbir sebep ve benzeri hallerin oluşması gerekir.

Yönetmelikte geçen “erteleme” müessesesi ile kanunda geçen “süre uzatımı” müesseseleri kanaatimizce aynıdır. Kavramlar farklı gibi görünse de hem uygulama şartları hem de tesis edilen işlem bakımından bir fark bulunmamaktadır. Farklılık kavramın isminden

ibarettir. Bu sebeple Yönetmelikte değişiklik yapılarak erteleme yerine süre uzatımı kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Askıya alma ise sonuçları ve uygulaması bakımından ertelemeden farklı bir müessesedir. Askıya alma yükümlülüklerin yerine getirilmesi için yapılması gerekli faaliyetlerin belirli bir süre yapılmasının durdurulması anlamında kullanılmaktadır. Örneğin geçmiş yıllarda bir elektrik dağıtım şirketi, bölgesindeki terör olaylarını mücbir sebep hali olarak ortaya koyup, kayıp kaçak oranlarını indirme yükümlülüğünü yerine getiremediğini belirterek bu yükümlülüğünün askıya alınmasını talep etmiş ve o yılki yükümlülüğü askıya alınmıştır. Yine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi de 2018/420 E. ve 2018/1470 K. sayılı kararında ilk derece mahkemesinin “..davacı elektrik dağıtım şirketinin mevzuat gereği hazırlamakla yükümlü olduğu 5 ve 10 yıllık master planlar ile coğrafi bilgi sistemlerini davalı idare tarafından yapılan ihtar ve verilen süreye rağmen süresi içerisinde hazırlamadığı sabit ise de; bu durumun davacı şirketin dağıtım faaliyeti yürüttüğü bölgede meydana gelen yoğun terör eylemlerinden kaynaklandığı, davacı şirketin bu hususta bir kusurunun bulunmadığı, meydana gelen terör eylemlerinin yukarıda yer verilen mevzuat gereğince mücbir sebep olarak kabul edilmesi gerektiğinden, mücbir sebep dolayısıyla yerine getirilemeyen yükümlülük nedeniyle verilen idari para cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından davanın kabulüne karar verilmiştir.” şeklindeki kararını hukuka uygun bularak davalı EPDK’nın istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir.

#### **d. Yükümlülüklerin kaldırılması**

EPLY m. 35’e göre yükümlülüklerin yerine getirilemeyeceğinin anlaşıldığı hallerde Kurul, önlisans ve lisans sahibinin yükümlülüğünün kaldırılmasına da karar verebilir. Ancak yönetmelik ile bazı yükümlülüklerin kaldırılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Elektrik piyasasında iletim ve dağıtım faaliyetlerine ilişkin yükümlülüklerin mücbir sebep hallerinde dahi kaldırılması mümkün değildir.

Piyasada iletim faaliyeti, iletim varlıklarının mülkiyetine sahip olan, sistem işletmecisi ve piyasa işletmecisi olarak faaliyet gösteren TEİAŞ tarafından yürütülmektedir<sup>41</sup>. EPK m. 8/1’e göre elektrik enerjisi iletim faaliyeti, lisansı kapsamında münhasıran TEİAŞ tarafından yürütülür<sup>42</sup>. TEİAŞ’ın en temel yükümlülükleri, yüksek gerilim hatlarının işletme, bakım ve

<sup>41</sup> Mustafa Yavuz, “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayırıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, (4), 2008, s. 45; Yaşar Köstekçi, *Elektrik Enerjisi Tüketimi ve Elektrik Enerjisi Piyasası: Borçlar Hukuku, İcra Hukuku, Ceza Hukuku Boyutlarıyla*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 372.

<sup>42</sup> İletim kavramı için ayrıca bkz. Mustafa Yavuz, *Elektrik Piyasası Kanunu’nun Öngördüğü Hukuki Regim ve*

yatırımları ile sistem işletmecisi olarak arz ve talebin anlık olarak dengelenmesini sağlamaktadır<sup>43</sup>. Elektriğin istenilen miktarda depolanmasının mümkün olmaması ve depolamanın oldukça masraflı olması sebebiyle üretildiği an tüketilmesi gereken elektrik enerjisinin piyasadaki arz ve talep dengesinin her saniye sağlanması gerekmektedir<sup>44</sup>. Bu dengeleme faaliyeti de TEİAŞ'ın bünyesinde bulunan Milli Yük Tevzi Merkezi tarafından sağlanmaktadır<sup>45</sup>. İletim faaliyetinin, TEİAŞ tarafından doğal tekel olarak yürütülen faaliyet olduğu, elektrik enerjisinin temel kamusal hizmet olarak nihai mal özelliğini taşıdığı ve ikame edilmesinin de güç bir ürün olduğu göz önüne alındığında iletim faaliyetinin bir bütün olarak, mücbir sebep halleri nedeniyle bir süre dahi olsa askıya alınması söz konusu olamaz.

Dağıtım faaliyeti de iletim faaliyeti gibi doğal tekel özelliği taşıyan bir faaliyet olup, lisansa derç edilmiş belirli bir bölgede alçak gerilim seviyesinde dağıtım şirketi tarafından işletilen ve/veya dağıtım şirketinin mülkiyetinde olan işletme, bakım-onarım ve yatırım hizmetlerini içeren şebeke faaliyetidir<sup>46</sup>. Elektrik arzının kesintisiz ve kaliteli bir şekilde sağlanması kamu yararı için vazgeçilmez nitelikte olduğundan dağıtım ve iletim faaliyetlerine ilişkin yükümlülüklerin devamlılığı şarttır. Yönetmelik ile dağıtım ve iletim faaliyetlerine ilişkin yükümlülüklerin kaldırılamayacağı yönünde yapılan düzenleme isabetlidir.

Uygulamada bu sonuca ilişkin bilinen hiçbir örnek bulunmamaktadır. Bu vesile ile ifade etmek gerekir ki, EPDK kararlarının da tıpkı Rekabet Kurulu kararları gibi gerekçeli olarak yayınlanması enerji hukukunun gelişmesine katkı sağlayacaktır.

## II. ELEKTRİK PİYASASINDA MÜCBİR SEBEP HALLERİ

Yönetmelik m.35'te mücbir sebep sayılacak hallere örnekler verilmiştir. Ancak maddede sayılan haller sınırlayıcı değildir. Bu nedenle mücbir sebep kavramının kapsamı EPDK kararları ve yargı kararları ile şekillenmektedir. Çalışmamızın bu kısmında mücbir sebep kavramının uygulamasına EPDK kararları ile Danıştay kararlarından örnekler verilecektir.

### A. Halk Direnişi

EPDK bir kararında kaçak elektrik tüketiminin azaltılması amacıyla yapılan saha operasyonlarının artırılması sonucunda dağıtım şirketinin kaçak elektriği azaltma

---

*Elektrik Tedarik Sözleşmeleri Özellikle İkili Anlaşma*, 6. Bası, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 22 vd.

<sup>43</sup> Yavuz, Ayırıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı, s. 45.

<sup>44</sup> Yeşim Akçollu, *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon*, 1.Bası, Rekabet Kurumu Yayınları, 2003, Uzmanlık Tezi, s. 3.

<sup>45</sup> <https://ytbsbilgi.teias.gov.tr/ytbsbilgi/ytbsbilgi.jsf>.

<sup>46</sup> Yavuz, Ayırıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı, s. 48.

yükümlülüğünü halk tepkisi, çok sayıda toplu direniş, eylem, saldırı ve sabotaj yaşanması ve olaylara ilişkin can ve mal güvenliğinin olmaması nedenleriyle yerine getirememesinin mücbir sebep olduğuna karar verilmiş ve kayıp kaçak oranının düşürülmesi yükümlülüğü belli bir tarihe kadar askıya alınmıştır<sup>47</sup>. Yine EPDK'nın başka bir kararında mücbir sebep kapsamında Elektrik Dağıtım ve Perakende Satışına ilişkin Hizmet Kalitesi Yönetmeliği m.16'da düzenlenmiş olan tedarik sürekliliğine ilişkin tazminat ödeme uygulamasının; m.17/5'te düzenlenen bilgi verme yükümlülüğünün; m. 23 kapsamında teknik kaliteye ilişkin yükümlülüklerin ve Yönetmeliğe ekli Tablo 6-A/10 da düzenlenmiş 12 saati geçen kesintilere ilişkin tazminat ödeme yükümlülüğünün fiili kayıp kaçak elektrik kullanımı oranı %40'ın üzerinde olan illerde ve ilçelerde 2015 yılı için askıya alınmasına karar verilmiştir<sup>48</sup>.

### **B. Covid-19 Salgını**

EPDK'nın 04.04.2020 tarihli bir kararında ise tüm dünyayı etkileyen Koronavirüs (Covid-19) Salgını ELPY m. 35 ile Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği m. 19 kapsamında mücbir sebep olarak kabul edilmiştir<sup>49</sup>. EPDK kararı uyarınca önlisans süreleri ile üretim lisansı kapsamında inşaat öncesi dönem ile inşaat dönemi ya da Yönetmeliğin Geçici 15 inci maddesi kapsamındaki yükümlülük erteleme süreleri, önlisans veya üretim lisansı tadil işleri kapsamında belirlenen yükümlülük erteleme süreleri, birleşme ve bölünme işlemleri kapsamında belirlenen yükümlülüklerle ilişkin süreleri, eskinin devamı mahiyetinde üretim lisansı verilmesi kapsamında belirlenen yükümlülüklerle ilişkin süreleri, önlisans veya lisans başvuruları kapsamında gerekli bilgi ve belgelerin tamamlanması için verilen süreleri 10.03.2020 tarihinde veya sonrasında sona erecek olan gerçek veya tüzel kişilere, sona erme tarihinden itibaren geçerli olmak ve bir defaya mahsus olmak üzere, herhangi bir işleme gerek olmaksızın 3 ay uzatılmıştır.

Ancak bu aşamadan sonra artık covid-19 veya versiyonlarının mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira versiyonları ve sonuçları kişilerce öngörülebilir bir durum haline gelmiştir. Buna karşılık sonuçları farklı olan yeni bir salgın türünün ortaya çıkması halinde mücbir sebebin şartlarını taşıyıp taşıymasına göre değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz.

### **C. Başka İdarelerden Kaynaklanan Gecikmeler**

Elektrik piyasasında mücbir sebep olarak en fazla uygulama alanı olan nedenlerden

<sup>47</sup> EPDK 93868378-110.01.03.01 S. 06.01.2015 T. Kurul Kararı (Yayınlanmamış Karar).

<sup>48</sup> EPDK 6932-32 S. 23.02.2017 T. Kurul Kararı (Yayınlanmamış Karar).

<sup>49</sup> EPDK 9276 S. 02.04.2020 T. Kurul Kararı, RG. 04.04.2020, S. 31089.



biri idareden kaynaklanan gecikmelerdir. Zira EPDK, üretim faaliyetinde ön lisans aşamasında yerine getirilmesi gereken yükümlülükler bakımından idareden kaynaklanan nedenleri genellikle mücbir sebep olarak kabul etmektedir. “*Başka idareler*” den kasıt önlisans ve lisans sahiplerinin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için EPDK dışında başvuru yaptıkları diğer idari mercilerdir. Başka idarelerden kaynaklanan gecikmelerin mücbir sebep sayıldığına ilişkin Danıştay kararları da mevcuttur. Danıştay’ın “*Temelinde başka idarelerin işlemlerinin etkisi de olan bu uzama nedenlerinin mücbir sebepler kapsamında olduğu anlaşıldığından,..mücbir sebep başvurusu kabul edilmeyerek üretim lisansının iptaline dair Kurul kararında hukuki isabet görülmemiştir.*” şeklindeki kararı örnek olarak verilebilir<sup>50</sup>.

İmar plan tadilatı kararının belediye başkanı tarafından bir yıl imzalanmaması gibi idarede normal şartlarda işlemin tamamlanması için geçen süreden daha uzun süreler, mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Danıştay, bir RES şirketine ilişkin bir kararında idari organların işlemlerinden doğan aksaklık nedeniyle doğan gecikmenin mücbir sebep olacağına karar vermiştir<sup>51</sup>. Karara konu olayda, davacı şirkete EPDK tarafından verilen on sekiz aylık “*tesis tamamlama süresi*” iki defa uzatılarak otuz aya çıkarılmıştır. Mücbir sebep iddiasıyla yapılan üçüncü uzatma talebi reddedilmiştir. Danıştay, bu kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada tesis tamamlama süresinin uzatılması ve süre sonunun belirlenmesi hususlarında davalı idareye takdir yetkisi tanınmış olduğunu ifade etmiş; ancak bu yetkinin hukuka uygun kullanılmadığını öngörmüştür. Değişen yatırım parametrelerine uygunluk için yapılan idari kurumlar arası çalışma ve yazışmalarında yatırım süresine yakın bir zamanın idari işlem sürecinde kaybedilmiş olmasına rağmen EPDK’nın lisansın iptali yönünde karar vermesini mahkeme hukuka aykırı bularak yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

Aynı şekilde, önlisans yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için gerekli olan haritalandırma çalışmaları sırasında idareden kaynaklanan sebeplerle yaşanan gecikmeler, ön lisans yükümlülüklerinin yerine getirilmesine engel olduğu ölçüde mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Nitekim Danıştay’ın bir kararında<sup>52</sup> bu durum “*Halihazır harita üretimindeki yaşanan gecikme nedeniyle ortaya çıkan mücbir sebep halinin davacı şirketin önlisans yükümlülüklerini süresi içinde tamamlayamaması üzerindeki etkisinin, davalı idare*

<sup>50</sup> Danıştay 13. D. E. 2008/8245, K. 2011/1039, 15.03.2011, <<https://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022.

<sup>51</sup> Yakup Gönen, *Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü*, 9. Bası, Adalet Yayınları, 2011, s. 267.

<sup>52</sup> Danıştay 13. D. E. 2021/4909, 2022/1369 K., (Yayınlanmamış Karar).

*tarafından incelenerek yeniden bir işlem tesis edilmesi gerektiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uygunluk, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun kabulü ile Mahkeme kararının kaldırılmasına ve davanın reddine ilişkin temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır. “ şeklinde belirtilmiştir.*

Lisanssız elektrik üretim projelerinde dağıtım şirketlerinin işlemleri de idari işlem kabul edildiğinden dağıtım şirketi nezdinde yaşanan olağan dışı gecikmeler veya hatalı işlemler mücbir sebep olarak değerlendirilmelidir.

#### **D. Davalar**

Bazı hallerde ilgili kişiler tarafından proje kapsamında alınan ÇED Kararına, imar plan tadilatı kararına veya kamulaştırma kararına karşı dava açılabilir ve dava sonucunda işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ya da işlemin iptaline karar verilebilir. Bu zaman zarfında lisans veya önlisans sahibi tarafından projeye ilişkin işlemler yürütülemeyeceğinden davanın açılması sonucu kaybedilen sürenin lisans veya önlisans sahibi açısından etkisinin değerlendirilmesi gereklidir. Uygulamada hem yargı kararlarında hem de EPDK kararlarında bu durum mücbir sebep olarak kabul edilmekte ve dava sürecinde kaybedilen zaman kadar süre uzatımı verilmektedir.

Kanaatimizce bu durum, mücbir sebebin unsurlarını taşımamakta olup lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı nedenler kapsamında ele alınması gerekmektedir. Zira mücbir sebepte öngörülemezlik şartı bulunmaktadır ve CED kararı veya imar plan tadilatı kararlarına karşı dava açılması ülkemizde olağan bir durumdur. Mesleki örgütlerin dava açma alışkanlıkları, özellikle de enerji projelerine dava açma teamülleri dikkate alındığından, proje karşı dava açılmasının olağan bir durum olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak açılan davaların yıllarca sürmesi durumu dikkate alındığında proje sahibi şirketin davanın açılmasında bir kusurunun olmaması sebebiyle sorumluluğun kendisine yüklenmemesi gerektiği açıktır. Bu hakkaniyet yaklaşımından yola çıkarak, davaların lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı nedenler kapsamında süre uzatımına konu edilmesi yerinde olacaktır.

#### **E. Ekonomik Nedenler**

Kur artışlarını ve ekonomik krizleri de içine alan ekonomik şartların mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için olağandışı bir durum olarak kabul edilmesi şartına bağlı olmalıdır. Türkiye gibi belli dönemlerde ekonomik krizler yaşayan, ciddi kur artışları ile karşı karşıya kalmış bir ülkede bu durumların normal şartlarda mücbir sebep olarak kabul edilmesi

kanaatimizce mümkün görülmemelidir. Zira mücbir sebebin unsurlarından biri olan öngörülemezlik unsuru Türkiye'nin geçmişteki yaşanmışlıklarını dikkate aldığımızda ekonomik krizlerin ve kur artışlarının mücbir sebep olarak kabul edilmesine engel olmaktadır. Diğer taraftan önlisans ve lisans sahibi şirketlerin tacir olması sebebiyle ticaret hukukunun genel prensiplerinden olan basiretli tacir ilkesi nedeniyle bu tür durumları öngörmesini gerektirmektedir. Bu gerekçe ile ekonomik krizlerin ve kur artışlarının lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı nedenler olarak kabul edilmesine de engel teşkil edeceği değerlendirilmektedir.

Aynı şekilde şirketlerin kendi ekonomik şartları, iflasın eşiğinde olmaları gibi durumlar da benzer gerekçelerle mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

### **III. MÜCBİR SEBEP HALLERİNDE EPDK'YA BAŞVURU USULÜ**

Bir mücbir sebep halinin varlığında süre uzatımı veya yükümlülüğün askıya alınması kendiliğinden gerçekleşen bir durum değildir. Bir mücbir sebep hali ortaya çıktığında ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerin ertelenmesi, askıya alınması veya kaldırılması kararının verilebilmesi için EPLY m. 35/4 hükmü gereğince önlisans veya lisans sahibinin Kuruma;

- Mücbir sebebin başlama tarihini ve mahiyetini,
- İlgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerine olan etkilerini,
- Mümkün olması halinde etkilerin tahmini giderilme süresini,

içeren yazılı başvurusunu yapması gerekmektedir. Bu başvuru yazılı bir dilekçe ile olabileceği gibi EPDK Başvuru Sistemi üzerinden elektronik olarak da yapılabilir. Başvuruda yer alması gereken bilgiler, mücbir sebebin ne zaman başladığının tespiti ve ne zaman sona ereceğinin öngörüsü yapılarak ne kadar süreyle yükümlülüğün ertelenmesi veya askıya alınması gerektiğinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Zira erteleme veya askıya alma süresi mücbir sebebin etkilerinin devam ettiği süreyle orantılı olmalıdır. Daha kısa veya daha uzun olması hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Ancak uygulamada bu sürenin doğru bir şekilde tespit edilmesi her zaman mümkün olamamaktadır. Zira delilleri başvuru sahibi sunmakta ve kurumun resen araştırma yapma imkanı her zaman olmamaktadır. Ayrıca her durumda delillerin teknik olarak isabetli değerlendirilmesi kolay değildir. Konu her yönüyle uygulama açısından zorluklar içermektedir.

#### IV. MÜCBİR SEBEP HALLERİNDE EPDK'YA BAŞVURU SÜRESİ VE EPDK'NIN DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Mücbir sebep hallerinde Kuruma ne kadar süre içinde başvuru yapılması gerektiği mevzuatta düzenlenmemiştir. Ancak bu durum başvurunun istenilen zamanda yapılmasına imkan verdiği şeklinde düşünülmemelidir. Zira işin gereği olarak başvurunun belli bir süre içerisinde yapılması zorunludur. Bu süreyi ikiye ayırmak gerekmektedir.

Birincisi mücbir sebep olayına ilişkin süre, ikincisi ise yükümlülüğe ilişkin süredir. Mücbir sebep olayına ilişkin süre bakımından mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce mücbir sebebin sonuçları devam ederken ve her halükarda en geç mücbir sebebin sonuçları sona erdikten sonra derhal bu başvurunun yapılması gerekir. Asıl olan ise mücbir sebebin sonuçlarının devam ettiği zaman başvurunun yapılmasıdır. Zira bu durumda hem mücbir sebebin varlığı hem de etkileri kolayca tespit edilebilecektir. Ancak bazı hallerde mücbir sebep halinin ne olduğuna bağlı olarak mücbir sebebin etkilerinin ne kadar süreyle devam edeceğinin tespit edilmesi zorluk teşkil edebilir. Eğer mücbir sebebin sonuçları devam ederken mücbir sebebin niteliği gereği o sürede başvuru yapılmasının beklenmesi hayatın olağan akışına ters ise, en geç mücbir sebebin etkilerinin sona ermesini müteakip derhal başvuru yapılması gerekir. Mücbir sebebin sonuçları ortadan kalktıktan bir süre sonra başvuru yapılması halinde hem mücbir sebebin varlığının hem de sonuçlarının tespit edilmesi güçlük arz edeceğinden süresinde yapılmış bir başvuru olarak kabul edilmeyecektir. Bu noktada derhal bildirimde bulunma yerine makul sürede bildirimde bulunma kavramları tartışma konusu edilebilir. Makul süre kavramı kabul edildiğinde bu sürenin tespitinde temel kriter dürüstlük kuralı olmalıdır. Hayatın olağan akışına göre söz konusu mücbir sebep halinin ne kadar zaman içinde bildirilmesi gerektiği makul süre kavramı dikkate alınarak belirlenmelidir. Kanaatimizce makul süre kavramı ucu açık ve kişiye göre değişen bir süre ihtiva etmesi sebebiyle olayın mahiyetine uymamaktadır. Diğer taraftan bu kavram keyfiliği de beraberinde getirebilir ve Kurum'un karar almasını zorlaştırabilir.

Ancak terör olaylarında olduğu gibi tek bir terör olayının yaşanmasından sonra başvuru yapılması beklenmemesi gerekir. Zira genelde birden fazla terör olayının zaman içerisinde yaşanması mücbir sebep hali ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda başvurunun belli sayıda terör olayı yaşandıktan sonra yapılması makul karşılanmalıdır. Bu durumda göstermektedir ki, her olayda bu değerlendirmenin ayrı ayrı yapılmasında fayda vardır.

Yükümlülüğe ilişkin süre konusunda ise EPLY m. 24/3 de düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre, mücbir sebep nedeniyle süre uzatımı alabilmek için lisansta belirlenen tesis

tamamlanma süresi içerisinde Kuruma başvurulması gerekmektedir. Bu düzenleme aslında mücbir sebep nedeniyle süre uzatımını düzenleyen bir madde değildir. Madde lisans tadilini düzenlemektedir. Ancak süre uzatımı da bir lisans tadili olduğu için konumuzla ilgili bir hükümdür. Diğer taraftan EPLY m. 35/4 gereğince başvuruda mücbir sebebin etkilerinin tahmini giderilme süresinin bildirilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeden de bildirim mücbir sebebin devam ettiği süreçte yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Üretim tesislerinin tesis kurulum süresi sona ermeden geçici kabulünün yapılması gerekir. Geçici kabul işleminin yapılacağı gün elektrik dağıtım şirketi kaynaklı bir elektrik kesintisi sonucu tesis devreye alınamazsa, anlık olarak mücbir sebep bildirimini yapılması beklenemez. Bu gibi durumlarda mücbir sebep sona erdikten sonra derhal bildirimde bulunmak gerekir.

Uygulamada bazen mücbir sebep başvurularının ön lisans veya lisans süresi sona erdikten sonra yapıldığı görülmektedir. Bu durum usule aykırı bir başvuru hali teşkil etmektedir. Zira ön lisans aşamasında veya lisans aşamasında bir süre uzatımı veya yükümlülük askıya alınması talebinde bulunulduğunda EPDK'nın hukuken muhatap alacağı bir kişi konumunda olunması gerekir. Ön lisans veya lisans sona erdikten sonra kişi elektrik piyasasının bir oyuncusu olmaktan çıkar ve EPDK'nın artık muhatabı konumunda değildir. Bu sebeple de EPDK'dan bir talepte bulunamaz. Diğer taraftan konu süre uzatımı veya yükümlülük askıya alınması olduğu için, bitmiş bir sürenin uzatılması veya hukuken ortadan kalkmış bir yükümlülüğün askıya alınması hukuken mümkün değildir.

Konunun ön lisans veya lisans sahipleri bakımından hassasiyeti sebebiyle EPLY'nin 35. maddesinin 5. fıkrasında EPDK'nın başvuruları değerlendirme süresine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre Kurum, başvuruya ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin tamamlanmasından itibaren altmış gün içerisinde Kurul kararı ile başvuruyu sonuçlandırmak zorundadır. Uygulamada bu süreye uyulduğu görülmektedir.

## SONUÇ

Genel anlamda mücbir sebep kavramının unsurları ile elektrik piyasasına ilişkin mevzuatlarda yer alan mücbir sebep kavramının unsurları örtüşmektedir. Mücbir sebep kavramının sorumluluk alanında doğuracağı sonuçlar açısından özel hukuk ile enerji hukuku arasında herhangi bir farklılık bulunmasa da mücbir sebebin etkileri bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Zira özel hukukta mücbir sebep halinde sorumluluk ortadan kalkarken elektrik piyasasında mücbir sebep halinde lisans veya önlisans sahiplerinin yükümlülükleri ortadan

kaldırılabilirliği gibi somut olaya göre yükümlülüklerin askıya alınması, ertelenmesi gibi elektrik piyasasına özgü birtakım kararlar da verilebilir. Elektrik piyasasının kendine has yapısı nedeniyle mücbir sebebin etkileri ve sonuçları bu anlamda farklılık arz etmektedir.

Mücbir sebep hallerinde lisans veya ön lisans sahiplerinin, mevzuatta belirtilen süreler içinde yükümlülüklerini yerine getirmeleri mümkün olmayabilir. Mücbir sebep dışında bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde EPDK tarafından; idari para cezası verilmesi, lisans veya ön lisansın iptali gibi yaptırımlar uygulanabilir. Ancak mücbir sebebin varlığı halinde EPDK tarafından idari yaptırım uygulanmayıp ve söz konusu yükümlülüklerin askıya alınması, ertelenmesi veya süre uzatımı verilmesi gündeme gelebilir.

Elektrik piyasasında mücbir sebebe ilişkin olarak EPK ile EPLY’de farklı yoruma yol açacak uyumsuz hükümler bulunduğunu ifade etmiştik. Mücbir sebebe ilişkin bu farklı düzenlemeler nedeniyle yargı kararlarında içtihat birliği bulunmamakta ve kavram karmaşası yaşanmaktadır. Uygulamada yargı mercileri tarafından mücbir sebep ve benzeri kavramlar gereği gibi kullanılmayıp kimi zaman birbirlerinin yerine kullanılarak çelişkili kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Benzer olaylarda farklı kararların ortaya çıkmaması ve adaletin sağlanması için mevzuat değişikliği ile kavramlar ve bu kavramların sonuçları açısından birlik oluşturulması hukuken gereklidir.

Diğer taraftan mücbir sebep uygulamasında birliğin sağlanabilmesi ve önlisans veya lisans sahibi kişilerin mücbir sebep başvurularına ilişkin isabetli hakkaniyetli kararlar verildiğinden emin olması ve bu surette dava açmaktan imtina etmesi için EPDK Kurul kararlarının gerekçeli olması ve yayınlanması gerekmektedir. Bu yapılmadığı sürece piyasanın bu hususta güveninin oluşması mümkün olmadığı gibi, dava sayılarında da azalma yaşanmayacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Akçollu Y, *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon*, 1.Bası, Rekabet Kurumu Yayınları, Uzmanlık Tezi, 2003.
- Akıntürk T, “Satım Akdinde Hasarın İntikali”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Yayın No: 2012, 1966, <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/11640>>, Erişim Tarihi 7 Ocak 2022.
- Altaş H, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK. m.117)”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1991, s. 53-67.
- Apak S, “Vergi Hukuku’nda Mücbir Sebep Hali ve Zor Durumu Ayrımı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 2009, s. 31-47.
- Aslan İ Y/ Altınay G/ Ilıcak A/ Önal E/ Katırcıoğlu E/ Ardiyok Ş/ Gültekin B/ Akçaoğlu, C, *Enerji Hukuku Cilt 1: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, 1. Bası, Ekin Basım Yayın, 2007.
- Atay E E, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Seçkin Yayınları, 2006.
- Balcı M, “Vergi Hukukunda Mücbir Sebebin Dava Sürelerine Etkisi”, <<https://vergialgi.net/vergi-hukukunda-mucbir-sebebin-dava-surelerine-etkisi>>, Erişim Tarihi 11 Ocak 2022.
- Batun M, “Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, *Vergi Dünyası Dergisi*, (345), 2010, s. 62-73.
- Baysal B/ Uyanık, M/Yavuz S, Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler, Prof. Dr. Muhammet Özekes (Ed.), *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 379-393.
- Çetin S H, “Corona Virüs (Covid-19) Salgın Hastalığının Ceza Muhakemesi Hukukunda Yarattığı Etkiler”, Prof. Dr. Muhammet Özekes, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021, s.1361-1386.
- Ekmekci E/ Güneş G/Kaşıkçı M/ Gümüşkaya G, “Vergi Hukukunda Mücbir Sebep ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım ve Öneriler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (2), 2020, s. 1069-1138.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Yetkin Yayınları, 2016.
- Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 361, 1975, <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/11673>>, Erişim Tarihi 7 Ocak 2022.
- Evren Ç Ç, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (1), 2010, s. 263-297.
- Furrer A/ Muller-Chen Ma/ Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Garkovich L, “Aproposal for Building Interdisciplinary Bridges”, *Teaching Sociology*, 9 (2), 1982, s. 151- 168.
- Gönen Y, *Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü*, 9. Bası, Adalet

- Yayınları, 2011.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt 1*, 3. Bası, Ekin Basım Yayın, 2019.
- Gözübüyük A P, *Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, 2. Bası, Ankara Basım ve Ciltevi, 1957.
- Gözübüyük Ş/ Tan, T, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I*, 3. Bası, Turhan Kitapevi, 2007.
- İmre Z, “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 13 (4), 1947, s. 1475-1536.
- İnal T, “Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları”, *İş Hukuku ve İktisat Dergisi (Kamu-İş)*, 4 (2), 1997, s.13-53.
- İnal T, *Borca Aykırılık ve Sonuçları*, 1. Bası, Papatya Bilim, 2009.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Turhan Kitapevi, 2018.
- Köstekçi Y, *Elektrik Enerjisi Tüketimi ve Elektrik Enerjisi Piyasası: Borçlar Hukuku, İcra Hukuku, Ceza Hukuku Boyutlarıyla*, 1.Bası, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Kurt M L, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TMK m. 136)*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016.
- Sancaktar O, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2014.
- Seliçi Ö, ”Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı” *İdare Hukuku Alanındaki Sorumluluk: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s. 61-69.
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 6. Bası, Filiz Kitapevi, 2016.
- Şahin H, *Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet Hukuku)*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler*, 6. Baskı, Sermet Matbaa, 1976.
- Yavuz M, “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayırıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, (4), 2008, s. 39-77.
- Yavuz M, *Elektrik Piyasası Kanunu’nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri Özellikle İkili Anlaşma*, 6. Bası, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Yayla Y, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, *İdare Hukuku Alanındaki Sorumluluk: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s.45-59.
- Yıldırım T, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 (2), 2019, s. 1520-1538.
- Zilelioğlu H, “Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütüne Genel Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 39 (1-4), 1982-1987, s. 241-264.



# OKULLARDA AKRAN ZORBALIĞININ ÖZEL HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ayşe Nur KILINÇ\*

## ÖZET

Yabancı psikoloji doktrininden kaynağını alan akran zorbalığı (peer bullying) terimi, yerli doktrinde de benimsenmiştir. Son zamanlarda ise, bu ifadeye sadece doktrinde değil; eğitim dünyasında, medyada ve hatta ilk ve orta dereceli okullarda bir çocuğun velisi olan ana babalar arasındaki günlük konuşmalarda dahi rastlanabilmektedir. Doktrinde geleneksel zorbalık ve siber zorbalık şeklinde sınıflandırılan akran zorbalığı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından bir halk sağlığı sorunu olarak kabul edilmektedir. Çocuklar arasındaki akran şiddetinin önlenabilir olduğu düşüncesinden hareketle psikoloji, eğitim bilimleri ve sosyal hizmetler alanındaki çalışmalarda daha ziyade soruna yönelik önleyici mekanizmalar üzerine odaklanılmaktadır. Bu çalışma ise, sorunun hukuken değerlendirilmesini hedeflemektedir. Ancak siber zorbalık ile ilgili hukuki sorunlar çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca okullarda akran zorbalığı sorununa temel haklar ve çocuk hakları perspektifinden yaklaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda gerektiğinde hâkim tarafından hem zorba hem kurban (mağdur) çocuklar bakımından koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının verilebileceği tespit edilmektedir. Çalışmanın son kısmında ise, okullarda karşılaşılan akran zorbalığı vakalarında özel hukuk sorumluluğu değerlendirilmekte ve okulda akran zorbalığından kimin hangi sebeple sorumlu tutulabileceği belirlenmektedir. Böylece Türkiye’de akran zorbalığına ilişkin mevcut bilimsel çalışmalara, sorunun olası hukukî sonuçları ortaya konularak katkı sağlanması amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Okullarda akran zorbalığı, temel haklar ve çocuk hakları, koruyucu ve destekleyici tedbir kararları, ayıplı hizmetten sorumluluk, sözleşme dışı kusursuz sorumluluk.

## AN ANALYSE OF SCHOOL BULLYING IN TERMS OF TURKISH PRIVATE LAW

### ABSTRACT

Peer bullying, derived from psychology literature, has recently been adopted by not only Turkish doctrine, but also by the educational community and media. Even this term is used in daily conversations by the parents whose children are attending to primary or secondary schools. Peer bullying, accepted as a public health issue by the World Health Organisation, has recently been classified as cyber bullying and traditional bullying. However, this paper aims at only evaluating the legal consequences of the traditional bullying at schools (school bullying). Current studies related to the school bullying are based on the idea that peer violence among the students is preventable. Therefore, first of all the violence preventive strategies regarding school bullying are focused in the field of psychology and educational sciences. However, this paper determines that this issue could also be a violation of human rights and child rights. Also, when it is necessary, the protective and supportive measures

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı  
ANKARA, e-posta: ayse.kilinc@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-8190-6557

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1172511

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08/09/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/11/2022

*should be taken by the judges for both bullies and victims. Finally, in case of peer bullying at schools, it is examined that who and why can be held liable in terms of Turkish private law. Eventually, not a great but a significant contribution to the existing literature is aimed by this paper.*

**Keywords:** *School bullying, human and child rights, protective and supportive measures, liability for defective service, strict tort liability.*

## GİRİŞ

Tüm dünyada kişiler arasındaki sorunların çözümünde saldırganlık davranışına başvurma sıklığı gün geçtikçe artmaktadır. Dış dünyaya kendi küçük penceresinden baktığında, şiddeti sorun çözme yöntemi olarak gören her çocuk, ne yazık ki sosyal ilişkilerinde de bu yöntemle başurmaktan kaçınmamaktadır. Son yıllarda yapılan çalışmalarda tüm dünyadaki çocuklar arasında ve özellikle okullarda “akran zorbalığı” olarak nitelendirilen saldırgan davranışlara sıkça rastlandığı raporlanmaktadır<sup>1</sup>.

Okullarda sıkça karşılaşılan akran zorbalığı vakıaları, Dünya Sağlık Örgütü tarafından bir halk sağlığı problemi olarak kabul edilmekte ve öncelikle bu tür olayların önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması teşvik edilmektedir. Bu doğrultuda anılan soruna ilişkin önleyici mekanizmaların geliştirilmesi amacıyla Türkiye’de farklı alanlarda (psikoloji, eğitim bilimleri vb.) çok sayıda çalışma yapılmıştır ve yapılmaya devam etmektedir<sup>2</sup>. Anılan çalışmalarda, her

<sup>1</sup> Okullarda akranlar arası şiddet olaylarına tüm dünyada yoğun olarak rastlanmaktadır. 2019 yılında UNICEF tarafından yapılan bir araştırmaya göre, dünyada 11-15 yaş arası her üç çocuktan biri okullarda zorbalığa maruz kalmıştır. Avrupa ve Kuzey Amerika’da gençler arasında en çok psikolojik zorbalıkla karşılaşılmaktayken diğer bölgelerde daha ziyade fiziksel zorbalık ve bunun ardından cinsel zorbalıkla karşılaşıldığı raporlanmıştır. Son zamanlarda gündeme oturan bir sorun olan siber zorbalık ise, on çocuktan birine etki etmiştir. Raporla Türkiye’de ise, 2019 yılında bu yaş grubunda yaklaşık her iki öğrenciden birinin akran zorbalığına maruz kaldığı ifade edilmiştir (Global Status Report On Preventing Violence Against Children, Geneva: World Health Organization; 2020. <<https://www.unicef.org/media/70731/file/Global-status-report-on-preventing-violence-against-children-2020.pdf>>, Erişim tarihi 10 Nisan.2022). İsviçre’de ise, yaklaşık her on çocuktan birinin eğitimi sırasında zorbalığa uğradığına işaret edilmiştir (Lucile Macheret /Nicolas Paquier, “Le droit suisse face à la loi du préau”, *Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher*, Dike Verlag AG, Swisslex veri tabanından erişilmiştir, Erişim tarihi 27 Temmuz 2022, s. 34). Çocuğa karşı şiddetin meydana geldiği yeri dikkate alarak sınıflandırma yapan “Türkiye’de Çocuğa Karşı Şiddet Durum Raporu 2017” ise, okul ortamında çocuğa karşı şiddete ilişkin resmi istatistikler bulunmadığını ancak az sayıda STK raporunun çocukların en sık şiddete maruz kaldığı yerlerden birinin okul olduğunu gösterdiğini belirtmektedir (Türkiye’de Çocuğa Karşı Şiddet Durum Raporu 2017, Işıl Erdemli (Hazırlayan), Ankara Çocuğa Karşı Şiddeti Önlemek için Ortaklık Ağı <<https://www.stgm.org.tr/e-kutuphane/turkiyede-cocuga-karsi-siddet-durum-raporu-2017>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022. s. 47 vd.). 2018-2019 yıllarında çocuğa karşı şiddetin Türkiye’deki görünümünü ortaya koyan 2020 yılı raporunda da “okulların çocuğa karşı şiddetin üretildiği yerler olması sorununun gündemde kalması gereği” ve akran zorbalığının çocuğa karşı şiddet konusunda odaklanması gereken konular arasında olduğu vurgulanmıştır (Türkiye’de Çocuğa Karşı Şiddet Durum Raporu 2020, Emrah Akbaş (Hazırlayan), Ankara Uluslararası Çocuk Merkezi, <<http://www.cocukhaklariizleme.org/storage/app/uploads/public/5fc/746/7d5/5fc7467d5fc0c660761537.pdf>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 81, 90).

<sup>2</sup> Türkiye’de 2010-2019 yılları arasında akran zorbalığı konusunda yapılan lisansüstü çalışmaların yaklaşık %90’ı yüksek lisans, %10’u ise doktora düzeyindedir. Ayrıca bu çalışmaların %52’si psikoloji, %22’si eğitim bilimleri, %20’si rehberlik ve psikoloji, %4’ü okul öncesi ve %2’si sosyal hizmetler anabilim dalında yapılmıştır

halde zorbanın kendisinin de bir çocuk olduğu göz önünde bulundurulur okullarda “*akran zorbalığı*” sorununun önlenabilir olduğu düşüncesinden hareket edilmektedir<sup>3</sup>. Türkiye gibi genç nüfusun yüksek olduğu ülkelerde okulda akran zorbalığına karşı tedbirlerin alınması hem önemli hem de zorunludur<sup>4</sup>. Nitekim doktrinde Türkiye gibi göçmen nüfusunun yüksek olduğu ülkelerde göçmen sorunu<sup>5</sup>, gelişmiş ülkelerde ise ırkçılığın yeniden popüler hâle gelmesi ile bireyler arasındaki sosyoekonomik dengenin bozulması, anılan sorunu yaygınlaştıran sebepler olarak gösterilmektedir<sup>6</sup>. Kanaatimize göre ise, akran zorbalığı küresel dünyada liberalleşmenin etkisiyle artan bireyselleşmenin ve yalnızlaşmanın tüm dünya çocuklarının sosyal ilişkilerine tezahür eden bir sonucudur.

Türk hukukunda okullarda akran zorbalığıyla ilişkilendirilmiş az sayıda akademik

---

(Bkz. Tarık Korkmaz / Mehmet Erkin / Zehra Atbaşı, “Akran Zorbalığı Kavramının Lisansüstü Tezlerde İncelenmesi”, *Turkish Special Education Journal International*, 3(1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tseji/issue/61344/902353>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 1).

<sup>3</sup> Çocuklar arasında rastlanan bu tür davranışların özellikle okullarda yaşanması sebebiyle, doktrinde, okullarda akran çocuklar arasındaki arabuluculuk eğitimlerine ve çatışma çözme becerilerinin geliştirilmesine odaklanılmakta ve zorbalığı önleyici çalışmalara önem verilmektedir (Güliz Kolburan, “Şiddet ve Zorbalığı Önleme Modeli Olarak Arabuluculuk Eğitimleri”, *Aydın Toplum ve İnsan Dergisi*, 2 (3), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/aitdergi/issue/43372/528344>>, Erişim tarihi: 12 Ağustos 2022, s. 48, 55). Önleyici mekanizmalara ilişkin olarak bkz. Yıldırım, s. 46-47; Zahide Yalaki / Medine Aysin Taşar “Ergenlerde çevrimiçi oyun oynama özellikleri akran zorbalığına yol açıyor mu?”, *Ege Tıp Dergisi*, 2019, 58(4), <<http://egetipdergisi.com.tr/tr/pub/issue/50673/660982>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 341-342; Filiz Polat/ Rabia Sobet, “Ortaöğretim Öğrencilerinde Akran Çatışmasına Bakış”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ksutfd/issue/55775/608921>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 42. Doktrinde zorbalığa ilişkin önleyici tedbirler arasında öncelikle zorbalığa maruz kalan çocuklara o ortamdan derhâl uzaklaşmaları ve yaşanılanları öğretmenlerine veya ana babalarına anlatmaları gereği tavsiye edilmektedir. Ana babaların ise, çocuklarda zorbalığın ampirik belirtileri konusunda bilgilendirilmeleri ve gerektiğinde okul yönetimiyle iletişime geçerek çocuğun sınıfının değiştirilmesi dâhil farklı yöntemlerle sorunun çözümünün bir parçası olmaları teşvik edilmektedir (Bkz. Aysun Ergül Topçu, “Okullarda Akran Zorbalığının Yaygınlığı ve Doğası Üzerine Bir Derleme”, *Kriz Dergisi*, 26(2), 2018, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/kriz/issue/41895/505251>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, Polat/ Sohbet, s. 50). Yine zorbalığa ilişkin olarak okullarda rehberlik servislerinin ve okul sağlığı hemşirelerinin konu hakkında farkındalığının artırılmasına yönelik çalışmalar ile okul zorbalık haritalarının çıkarılması gibi çalışmaların önemi vurgulanmaktadır. Sorunun çözümünde başarılı olabilmede en önemli hususun ise, akran zorbalığına karşı okul-aile işbirliğinin sağlanması olduğu değerlendirilmektedir (Sevda Arslan Özdiñer / SevimSavaşer, “İnsan Hakları ve Çocuk Hakları Bağlamında Okulda Zorbalık”, *İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi*, 16(61), 2008, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/fnjin/issue/9015/112391>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 69; İbrahim Çankaya, İlköğretimde Akran Zorbalığı”, *Uludağ Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2011, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/uefad/issue/16693/173508>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 88; Aslıhan Öztürk / Ayfer Tezel / Fatma Özlem Öztürk, “Bir Ortaöğretim Kurumunda Akran Zorbalığının Değerlendirilmesi” *Konuralp Medical Journal*, 11, 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ktid/issue/44366/392368>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 87).

<sup>4</sup> Aynı yönde bkz. Öztürk/Tezel/Öztürk, s. 87.

<sup>5</sup> UNICEF Türkiye Yıllık Raporu (2019), Türkiye’nin Dünya’da en büyük mülteci nüfusa ev sahipliği yaptığını ve Türkiye’de 1,6 milyonu çocuk olmak üzere 3,6 milyon geçici koruma statüsü altında Suriyeli mülteci ile bunun yanında başka ülkelere gelen ve yaklaşık üçte biri çocuk olan 400.000’e yakın kayıtlı sığınmacı ve mülteci olduğunu raporlamaktadır (<<https://www.unicef.org/turkey>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2022).

<sup>6</sup> Halil KaraMurat Kaçar, “Akran Zorbalığı ve Toplumsal Önemi: İki Olgu Sunumu”, *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, 22(2), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307901>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 118.

çalışmaya rastlanmıştır<sup>7</sup>. Elbette sonuçları itibariyle sorunla yakından ilişkili olan<sup>8</sup> ve son zamanlarda sıklıkla karşımıza çıkan siber zorbalıkla ilişkili münferit çalışmalar bulunmaktadır<sup>9</sup>.

Soruna karşılaştırmalı hukuk perspektifiyle bakıldığında ise, okullarda akran zorbalığına maruz kalan çocukların temel haklarının ihlâl edildiği sonucuna varıldığı ve sorunun hukukî bir sorun olarak ele alındığı tespit edilmektedir. Diğer bir deyişle, yabancı hukuk sistemlerinde okullarda akran zorbalığına yönelik önleyici mekanizmalar yanında sorunun hukukî sonuçları da değerlendirilmeye başlanmıştır<sup>10</sup>.

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalette okullarda akran zorbalığıyla mücadele hususunda münferit yasal düzenlemeler yapılmış ve “taciz (*harassment*), yıldırma (*intimidation*) ve zorbalık (*bullying*)” kavramları mevzuat düzeyinde tanımlanmaya çalışılmıştır<sup>11</sup>. Karşılaştırmalı hukuk perspektifiyle incelenen bu çalışmalarda okullarda zorbalık eylemlerinin ayrımcılık karşıtı düzenlemelerle ilişkilendirildiği görülmektedir. Bu çalışmada tespit edilebildiği kadarıyla, Amerika Birleşik Devletleri dışındaki diğer ülkelerde ise, genel ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemeler ve genel sorumluluk hükümleri dışında, akran

<sup>7</sup> Arslan Özdiñer / Savaşer, s. 65-70.

<sup>8</sup> Agâh Kürşat Karauz / Yakup Çokkaş, “İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/51759/634742>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 37-74.

<sup>9</sup> Türk hukukunda siber zorbalığa ilişkin yakın tarihli çalışmalar olarak bkz. Filiz Akar, “Okula Yansıyan Siber Zorbalık: İdari ve Hukuki Önleme Yolları”, Yasemin Karaman Kepenekçi-Pelin Taşkın (Ed.), *Prof. Dr. Emine Akyüz'e Armağan Akademisyenlikte 50 Yıl*, Pegem Akademi, 2018, s. 466-476; Esra Gökçen Kaygısız, “Şiddetin E-hali Siber Zorbalık”, *Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi/ Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı*, 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tihek/issue/59385/852553>>, s. 161-174.

<sup>10</sup> Bkz. Dewey Cornell / Susan P. Limber “Law and Policy on the Concept of Bullying at School” *American Psychologist*, 70 (4), 2015, <<http://dx.doi.org/10.1037/a0038558>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 333-343. Lyndsay N. Jenkins/ Michelle Kilpatrick Demarary/ Nicole B. Dorio/ Morgan Eldridge, “The Law and Psychology of Bullying: A Comparative Approach”, B.H. Bornstein and M.K. Miller (Eds.), *Advances in Psychology and Law*, 2019, <<https://www.researchgate.net/>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 197-234. Mariette (JM) Reyneke/ Lynette Jacobs, “Can Legal Remedy be used to address bullying and cyberbullying in South African School”, *Polish Journal of Educational Studies*, I (LXXI), 2018, s. 66-80. Kolstrein, A. M / Jofré, M. I. T, “Bullying: An Analysis from the Perspective of Human Rights, Target Groups and Interventions”, *International Journal of Children's Rights*, 2012, <<https://www.researchgate.net/>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 1-13.

<sup>11</sup> Örneğin 2002 yılında Washington Temsilciler Meclisi Substitute House Bill 1444'e yeni bir bölüm ekleyerek “taciz (*harassment*), yıldırma (*intimidation*) ve zorbalığı (*bullying*)” tanımlamıştır. Buna göre bu üç kavram toplu olarak bir öğrenciye ırkı, rengi, dini, soyu, ulusal kökeni, cinsiyeti, cinsel yönelimi veya zihinsel, fiziksel veya duygusal engeli ya da diğer farklı özelliği sebebiyle bilinçli şekilde uygulanan yazılı, sözlü veya fiziksel eylemleri içerir. Kendisine zorbalık eylemleri uygulanan öğrencinin zorbalığa maruz kaldığı özelliğe gerçekten sahip olması aranmaz. Taciz, yıldırma ve zorbalık; kasti olarak uygulanan sözlü, yazılı ve fiziksel eylemleri kapsamına alır. Örneğin diğer öğrencilerin eğitimine önemli ölçüde müdahale teşkil eden veya öğrenci için korkutucu veya yıldırıcı bir eğitim ortamı oluşturacak derecede şiddetli, devamlı veya yaygın olan ya da okulun düzenli bir eğitim vermesini önemli ölçüde bozmakta olan diğer öğrencilerin vücut bütünlüğüne zarar verilmesi veya malvarlığına zarar verilmesi şeklinde ortaya çıkan eylemler bu kapsamda yer alır. (Bkz. Reyneke/Jacobs, s. 68-69). Bununla birlikte ABD'de bile akran zorbalığını yasaklayan federal düzeyde bir yasa bulunmamaktadır (Jenkins ve arkadaşları, s. 198).

zorbalığıyla mücadelede yararlanılabilecek münferit yasal düzenlemeler bulunmamaktadır<sup>12</sup>.

Bu çalışmada ise, “okullarda akran zorbalığının” önce temel haklar ve çocuk hakları perspektifinden değerlendirilmesi ve ardından anılan sorunun özel hukuka yansımaları muhtemel sonuçlarının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Nitekim Türkiye’de çocuk psikiyatrisi klinik başvuruları arasında okullarda akran zorbalığına maruz kaldığı için başvuran olguların sayısının her geçen gün arttığı ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Yakın tarihli bir Yargıtay kararında<sup>14</sup> ise, davacının taleplerini özel okulda eğitim gördüğü esnada maruz kaldığı akran zorbalığına dayandırdığı görülmektedir. Bu karar, Türkiye’de de akran zorbalığıyla ilişkili hukukî uyuşmazlıkların yargı mercileri önüne gelmeye başladığını göstermektedir<sup>15</sup>. Dolayısıyla bu çalışmanın uygulamaya ışık tutacağı ümit edilmektedir.

## I. DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜNE GÖRE GENÇLERE VE ÇOCUĞA YÖNELİK ŞİDDET İLE ZORBALIK KAVRAMI İLİŞKİSİ

Kaynağını İngilizce yazılmış psikoloji doktrininden alan akran zorbalığı terimi hem yerel psikoloji doktrininde hem de diğer alanlarda benimsenmiştir. Anılan terime, şiddet türleriyle bağlantı kurularak Dünya Sağlık Örgütü verilerinde de rastlanmaktadır<sup>16</sup>.

Dünya Sağlık Örgütü’ne göre, dünyada her yıl yaklaşık dört yüz yetmiş bin kişi cinayet kurbanı olmakta ve yüz milyonlarcası ölümcül olmayan şiddet türlerine maruz kalmaktadır. Şiddet olayları; çocuklara yönelik kötü muamele (*child maltreatment*), gençlere yönelik şiddet (*youth violence*), partner şiddeti (*intimate partner violence*), cinsel şiddet (*sexual violence*) ve yaşlı istismarı (*elder abuse*) olarak sınıflandırılmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü, şiddetin hiçbir türünün insan olmanın doğal bir sonucu olmadığını; şiddetin

<sup>12</sup>Benzer yönde bkz. Reyneke/Jacobs, s. 69. İsviçre’de okulda akran zorbalığına ilişkin münferit bir yasal düzenlemenin bulunmadığı yönünde bkz. Macheret / Paquier, s. 35.

<sup>13</sup> Kara/Kaçar, s. 117; Yalaki/Taşar s. 337. Araştırmalara göre çocukların %25’i akranları arasında zorbalığa uğramakta ve zorbalığa uğrayanların kendilerine zarar verici davranışlarda bulunması olasılığı daha fazla görülmektedir (Behiye Alyanak, “Şiddet ve Çocuk”, *Klinik Tıp Pediatri Dergisi*, 11(1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ktpd/issue/47815/602685>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 38).

<sup>14</sup> Yargıtay 3. HD., E. 2020/10217 K. 2021/5282 T. 24.5.2021. s.e.t. 29.12.2021.

<sup>15</sup> Yakın tarihli bir RTÜK kararında da bir televizyon kanalında gösterilen dizinin bazı görüntülerinin uzman raporuyla okullarda akran zorbalığını teşvik edici olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla bu yayın 6112 sayılı Kanun m. 8/II’de yer alan “Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fizikî, zihni veya ahlâkî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılsa dahi yayınlanamaz.” kuralına aykırı görülmüştür. İlgili kanala ise, anılan Kanun m. 32/II’de yer alan yer alan idari para cezası verilmiştir (RTÜK, Karar No. 32, T. No. 2020/45 T. 5.11.2020, Karara 29.12.2021 tarihinde Lexpera üzerinden erişilmiştir).

<sup>16</sup> Bir şiddet türü olan “akran zorbalığı” kavramının unsurları ve türlerinin ortaya konulabilmesi için, çalışmanın ilk kısmında önce DSÖ verilerine göre genel olarak “şiddet” ve akran zorbalığıyla yakından ilişkili “gençlere ve çocuğa yönelik şiddet” kavramları tanımlanmaktadır. Ardından bunun “zorbalık” ifadesiyle bağlantısı kurularak yerli doktrinde ve günlük dilde dahi kullanılan “akran zorbalığı” kapsamında yer alan eylemlerin neler olabileceği belirlenmektedir. İlk kısmın sonunda ise, okullarda akran zorbalığı vakialarındaki taraflar belirlenerek, tarafların bu çalışmada terminolojik olarak nasıl isimlendirildikleri açığa kavuşturulmaktadır.

öngörülebilir ve önlenebilir bir sorun olduğunu vurgulamaktadır<sup>17</sup>.

Esasen küresel bir halk sağlığı problemi olan *gençlere yönelik şiddet*; 10-29 yaş arasında olup akraba olmayan, birbirini tanıyan ya da tanımayan gençler arasındaki şiddet eylemlerini ifade eder. Verilere göre gençlere yönelik şiddet, daha ziyade ev dışında gerçekleşmekte olup zorbalık eylemlerinden başlayıp daha ağır cinsel ve fiziksel saldırılara hatta cinayete kadar uzanan bir dizi şiddet davranışını kapsamına alır<sup>18</sup>. Çocuklara karşı şiddet kavramı ise, on sekiz yaş altında olan herkese karşı gerçekleştirilen her tür şiddet olayını ifade eder. Erken çocukluk dönemindeki (yaklaşık on yaş altı) çocuklarda şiddet olayları daha ziyade ana babalar ve çocuklar üzerinde otoritesi olan diğer bakım ve eğitim veren kişiler tarafından uygulanmaktadır<sup>19</sup>. Çocuk ergenliğe ulaştığında ise, bunun yanında özellikle akran zorbalığı ve çocuğun duygusal ilişki içine girdiği kişilerin uyguladığı flört şiddetiyle karşılaşabilmektedir. Şu hâlde çocuklara yönelik şiddetin bir kaynağı, çocuğun okul hayatında bir araya geldiği arkadaşları olabilmektedir. Bu çalışmada DSÖ verilerinde kısmen gençlere kısmen de çocuklara yönelik şiddet kapsamında bulunan ve özellikle “10-18 yaş arasındaki çocukların okullarda karşılaşabileceği akran zorbalığı” olarak nitelendirilen şiddet eylemleri üzerine odaklanılmıştır.

## II. DOKTRİNDE AKRAN ZORBALIĞI KAVRAMI VE TÜRLERİ

Zorbalık şiddetin, akran zorbalığı ise zorbalığın bir alt türüdür. Akran zorbalığı, özellikle okullarda ve çocukların toplandığı diğer yerlerde bir çocuğa aralarında kardeşlik ilişkisi veya duygusal bir ilişki bulunmayan başka bir çocuk veya çocuk grubu tarafından tekrarlanarak uygulanan, fiziksel, psikolojik ve toplumsal yönden zarar veren saldırgan davranışlardır<sup>20</sup>. Bu çalışma, doktrinde daha ziyade “*geleneksel akran zorbalığı*” olarak ifade edilen “*okul zorbalığının*” özel hukuka ilişkin sonuçlarını değerlendirmeyi amaçladığından, siber zorbalık ve hukukî sonuçları çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Geleneksel akran zorbalığı; aralarında fiziksel ya da psikolojik açıdan güç eşitsizliği olan çocuklardan “*zorba ve yardımcıları*” olarak addedilen bir ya da birden çok çocuğun daha

<sup>17</sup> A global knowledge platform for preventing violence, <<https://apps.who.int/violence-info/>>, Erişim tarihi 11 Nisan 2022.

<sup>18</sup> Youth violence, <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/youth-violence>>, Erişim tarihi 10 Nisan 2022.

<sup>19</sup> Alyanak, s. 38.

<sup>20</sup> Dolayısıyla akran zorbalığı kavramı esasen çevrimiçi ortamlarda gerçekleşen siber zorbalığı da kapsar (Violence against children, <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children>>, Erişim tarihi 10 Nisan 2022).

Doktrinde geleneksel zorbalık (*traditional bullying*), siber zorbalık (*cyberbullying*) ve taciz (*harassment*) zorbalığın üç türü olarak değerlendirilmiştir (Jenkins ve arkadaşları, s. 201-203).

güçsüz olan ve “kurban” addedilen mağdur çocuğa karşı sistemli bir biçimde belli zaman aralıkları ile bilerek ve isteyerek (kasıtlı) uyguladığı sürekli<sup>21</sup> saldırılar şeklinde tanımlanmaktadır. Şu hâlde akran zorbalığı hâlinde, zorbalık eylemlerini gerçekleştirenler ile bu eylemlere maruz kalan çocuklar arasında güç dengesizliği (*power imbalance*)<sup>22</sup> bulunmalı, zorbalık bilinçli ve süreklilik arz eden (*intentionality and repetitiveness*)<sup>23</sup> davranışlarla gerçekleşmeli ve tahrik olmamasına rağmen<sup>24</sup> bu davranışların yıldırıma ve zarar vermeye yönelik olması gerekir. Somut olayda “kurban” olarak isimlendirilen çocukların dezavantajlı bir gruptan olmaları ise, dezavantajlı olmalarından dolayı kendilerini zorba çocuklara karşı koruyamayacak durumda olduklarını gösteren güç dengesizliğinin bir işareti olarak değerlendirilmelidir<sup>25</sup>.

Akran zorbalığı, doktrinde şiddet eyleminin türünden hareketle<sup>26</sup> (vurma, itme, tekme atma, dövme, mağdurun mal ve eşyalarına zarar vermede olduğu gibi fiziksel davranışlarla) fiziksel ve (alay konusu edilme ya da utandırılma gibi sözel davranışlarla) sözel zorbalık olarak sınıflandırılmaktadır<sup>27</sup>. Ayrıca sosyal yalnızlaştırma (dışlama gibi) gibi dışarıdan

<sup>21</sup> Somut bir olayda “akran zorbalığı” bulunup bulunmadığını değerlendirirken, araştırılması gereken en önemli unsur “süreklilik” (Remzi Yıldırım, “Akran Zorbalığı”, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10(2), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/cbayarsos/issue/4066/53631>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 47).

<sup>22</sup>Olweus, D, “Understanding and Researching Bullying; Some Critical Issues”, *The Handbook of Bullying in Schools: An international Perspective*, Shane R. Jimerson, Susan M. Swearer, and Dorothy L. Espelage (Ed), Routledge, 2010, <<https://www.researchgate.net/publication/285012514>>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022, s. 11, 13-14; Olweus, D, “School Bullying: Development and Some Important Challenges”, *The Annual Review of Clinical Psychology*, 9, 2013, <[www.annualreviews.org](http://www.annualreviews.org)>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022, s. 757-758. Somut olayda taraflar arasındaki güç dengesizliğinin tespiti oldukça zordur. Taraflar arasındaki fiziksel güç farkı bu dengesizliği ortaya koyabileceği gibi mağdurun azınlıkta bulunan cinsel tercihi, engelliliği, azınlıkta bir ırksal ve etnik grup içinde yer alması da gösterilebilir (Cornell/Limber, s. 334; Jenkins ve arkadaşları, s. 208-210). Bununla birlikte akran zorbalığına ilişkin yasal metinlerde zorbalığın bir özelliği olarak aranan taraflar arasında güç dengesizliği bulunması şartına yer verilmemektedir (Cornell/Limber, s. 335).

<sup>23</sup> Olweus, School Bullying, s. 757. Doktrinde akran zorbalığının tanımında özellikle zorbalık oluşturan eylemlerin tekrarlanan davranışlar olup olmadığına dikkat çekilmektedir. Pek tabî tek bir olay da tehlikelidir ancak bir davranışın zorbalık olarak değerlendirilmesi zaman içinde tekrarlanmış olmasına bağlıdır (Cornell/Limber, s. 335).

<sup>24</sup> Doktrinde velâyet altındaki çocuğun, okulda arkadaşına arkadaşının ağır tahriki altında zarar vermesi hâlinde, ev başkanının bu durumu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmektedir (Bkz. Karauz/Çoktaş, s. 55).

<sup>25</sup> Doktrinde akran çocuklar arasındaki şiddetin daha ciddi ve daha zarar verici özel bir hâli olan “akran zorbalığı” kavramının tanımında mutlaka olması gereken üç kriter vurgulanmaktadır. Bunlar hakkında bilgi için bkz. Olweus, Bullying, s. 29-30; Olweus, School Bullying, s. 756-758; Arslan Özdiñer/Savaşer, s. 66; Kolburan, s. 47; Reyneke/Jacobs, s. 67; Cornell/Limber, s. 333-334; Çankaya, s. 82; Macheret / Paquier, s. 35. Zorba ve kurban profillerinin değerlendirilmesi sonucunda, zorbaların genellikle saldırgan, muhalif ve akranlarına karşı düşmanca tavırlar yanı sıra akademik güçlükler yaşadıkları ve öğretmenlerine/ana babalarına meydan okuma davranışları gösterdikleri birçok defa raporlanmıştır. Kurbanlar ise genellikle akranlar arasında donuk, kaygılı, içe dönük ve akranlarına göre özsaygıları düşük kişilerdir. Bu kişilerde özellikle zorbalık eylemleri süresince okula uyumsuzluk ve kaçınma davranışlarının arttığı tespit edilmektedir (Kara/Kaçar, s. 115).

<sup>26</sup> Şiddetin türleri arasında fiziksel şiddet, psikolojik şiddet (alay etme, aşağılama, küçük düşürme), cinsel şiddet (tecavüz, pornografi, seks turizmi, kölelik, alıp satma, kaçırma), ihmal (terk etme, tehlikeli, zararlı veya sakıncalı işlere açık bırakma, yoksun bırakma) yer almaktadır (Alyanak, s. 37).

<sup>27</sup> Olweus, Bullying, s. 12; Arslan Özdiñer/Savaşer, s. 66; Yalaki/Taşar, s. 342; Kolburan, s. 48;

gözlemlenemeyen fiiller de akran zorbalığı içinde değerlendirilmekte ve bunlara “*dolaylı zorbalık ya da ilişkisel zorbalık*” denilmektedir<sup>28</sup>.

Okula devamsızlık, içe kapanıklık, depresyon eğilimi, intihar girişimi, fiziksel ve psikolojik sağlık sorunları, okullarda karşılaşılan akran zorbalığının olası sonuçları olarak kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Okulda akran zorbalığının öğrenciler üzerindeki olumsuz etkileri düşünüldüğünde, ilk bakışta fiziksel zorbalığın daha ağır sonuçlar doğuracağı düşünülmekteyse de, esasen küresel ölçekte bakıldığında sözel ve dolaylı zorbalığın mağdur çocuk ve toplumun geleceği üzerinde daha ağır sonuçlar oluşturabildiği gözlemlenmektedir. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşanan okul katliamları<sup>30</sup> ile dünyada lise öğrencileri arasında görülen intihar vakalarının psikoloji doktrininde fiziksel zorbalıktan ziyade sözel ve dolaylı zorbalıkla ilişkilendirilmesi, akran zorbalığının bu türüne de özel önem verilmesi gerektiğini gözler önüne sermektedir<sup>31</sup>.

### III. OKULLARDA AKRAN ZORBALIĞI OLUŞTURAN EYLEMLERİN TARAFLARI

Bu başlık altında öncelikle çocuklarda akran zorbalığının daha ziyade okullarda ve okul sonrası faaliyetler esnasında gerçekleştiğinin doktrinde vurgulandığı ifade edilmelidir<sup>32</sup>. Tam da bu sebeple çalışmada, akran zorbalığının okullarda gerçekleştiği hâller esas alınmıştır. Kanaatimizce akran zorbalığının okula gidip gelirken okul servisinde, okulda eğitim-öğretim faaliyetleri esnasında ya da eğitim ve öğretim faaliyeti sonrasında ama okula öğrenci sıfatıyla bağlı olmaktan kaynaklı sosyal etkinlikler esnasında gerçekleştiği hâller de “*okullarda akran zorbalığı*” kapsamında yer alır<sup>33</sup>.

Okullarda akran zorbalığının tarafları, her biri çocuk olan “*zorba ve yardımcıları*” ile

---

Reyneke/Jacobs, s. 67; Cornell/Limber, s. 334; Yıldırım, s. 44-46; Macheret / Paquier, s. 36.

<sup>28</sup> Bkz. Arslan Özdiñer/Savaşer, s. 66; Çankaya, s. 83.

<sup>29</sup> Akran zorbalığının zorba ve kurban çocuklar bakımından sonuçları için bkz. Olweus, School Bullying, s. 769-771; Arslan Özdiñer/Savaşer, s. 66; Macheret / Paquier, s. 34.

<sup>30</sup> Çalışmadaki olgulardan her ikisinde de, kliniğe başvuranlar duygusal (ya da dolaylı veya ilişkisel zorbalık) zorbalığa; dışlanma, alay konusu edilme ya da utandırılma şeklinde maruz kalmışlardır. ABD’de yaşanan okul katliamları ilişkisel zorbalığın ne kadar ölümcül sonuçlar doğurabileceğini açıkça göstermiştir. Bu olayların zemininde uzun süre yoğun biçimde duygusal zorbalık mağduru olanların kin gütmeye dürtüleri yatmaktadır (Kara/Kaçar, s. 117).

<sup>31</sup> Hem akran zorbalığı faili hem de zorbalık mağduru olan ergenlerde intihar düşüncesinin yüksek olduğu tespit edilmektedir (Bkz. Aysin Çetinkaya Büyükbodur, “İntihar Girişimleri ve Retrospektif Sosyal İnceleme”, *Sosyal Çalışma Dergisi*, 3(1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/scd/issue/46396/554406>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 35).

<sup>32</sup> Reyneke/Jacobs, s. 68.

<sup>33</sup> Okulda akran zorbalığı; sadece okul sınırları içinde, okula geliş gidiş esnasında ya da okul zamanında gerçekleşen eylemleri değil; zorunlu eğitimden kaynaklı olarak bir okul topluluğuna bağlı öğrenciler arasında gerçekleşen tüm platformlardaki şiddet eylemlerini kapsar (Macheret / Paquier, s.36).



zorbalık eylemlerine maruz kalan ve doktrinde kurban olarak isimlendirilen “zarar gören çocuktur”. Esasen psikoloji doktrininde, uygulamada akran zorbalığı vakıalarında zorbalığı teşvik eden başka roller bulunduğu da vurgulanmaktadır. Buna göre zorba, kurban, zorbayı destekleyen veya teşvik eden kişi/ler ile mağduru savunan kişi/ler akran zorbalığının sùjeleridir. Akran zorbalığı temelli uyuşmazlıkların önleyici yöntemlerle çözümünü teşvik eden bilimsel çalışmalarda burada değinilen her rolün özelliğinden hareket edilmektedir<sup>34</sup>. Soruna hukukî sorumluluk açısından bakıldığında ise, sadece akran zorbalığını gerçekleştiren “zorba ve yardımcıları” ile doğrudan zorbalık eylemlerine muhatap olan ve doktrinde “kurban veya mağdur” olarak ifade edilen zarar gören çocuk önem arz eder.

#### IV. OKULLARDA AKRAN ZORBALIĞININ HUKUKİ PERSPEKTİFTEN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Okullarda Akran Zorbalığının Temel Haklar ve Çocuk Hakları Perspektifinden Değerlendirilmesi

Okullarda akran zorbalığı sorunu, çocuğun temel haklarıyla ve çocuk haklarıyla ilişkilendirilmediği sürece, okulda güçlü konumda olan çocukların daha zayıf konumda olan çocuklara hukukî uyuşmazlık oluşturmayacak ölçüde basit zarar vermeleri olarak algılanabilir. Bu durumda, okul yöneticileri ile okullarda görevli öğretmen ve diğer görevliler (rehberlik servisi, okul sağlığı hemşiresi vb.) okullardaki akran zorbalığı vakıalarını görmezden gelebilirler. Bu tür davranışların hafife alınması ise, aslında dolaylı olarak şiddetini artırarak devam etmesine yol açar<sup>35</sup>. Dolayısıyla anılan sorunun temel haklar ve özellikle çocuk hakları perspektifinden ele alınması ve soruna ilişkin hukukî çözüm önerilerinin bu bakış açısıyla temellendirilmesi zorunludur. Doktrinde de eğitim-öğretim alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde temel haklar bakış açısının gerekliliğine vurgu yapılmıştır<sup>36</sup>.

On sekiz yaş altındaki çocukların eğitimine ilişkin tüm düzenlemeler, çocuk haklarıyla

<sup>34</sup> Yıldırım, s. 47. Bu roller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jenkins ve arkadaşları, s. 203-207; Yıldırım, s. 43-44.

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz. Arslan Özdiñer/Savaşer, s. 67.

<sup>36</sup> Bilge Bingöl Schrijer, “COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin Temel Problemler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/57316/812448>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 873; Aynı yönde bkz. Özdiñer/Savaşer, s. 67. Zira eğitim sisteminde eğer hak temelli bir strateji geliştirilemezse, artan eğitim maliyetleri ve eğitimde rekabet ile birlikte eğitimden faydalanacak kişi sayısı giderek azalma tehlikesine sahiptir (Bilge Bingöl, “Türkiye İçin Bir Eğitim Hukuku Teorisinin Gerekliliği”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/44819/557465>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 32).

yakından ilişkilidir. “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi<sup>37</sup>” Türkiye tarafından da imzalanıp onaylanmıştır<sup>38</sup>. Bu sözleşmede, çocuk haklarında esas alınan temel ilkeler arasında “çocuk yararının önceliği<sup>39</sup>” ve “ayrımcılık yasağı<sup>40</sup>” bulunmaktadır. Anılan sözleşme Türkiye’ye çocuğun eğitim hakkını ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde gerçekleştirilmesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir (m. 28). Bu kapsamda Türkiye, öncelikle okul disiplininin çocuğun onuruna yakışır ve Sözleşmeye uygun şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla tüm tedbirleri almalıdır. Yine Sözleşme’nin 29. maddesi gereği Türkiye, çocuk eğitiminde “çocukların temel hak ve özgürlüklerine” saygılı olmalıdır.

Temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelere uygun şekilde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da okullarda akran zorbalığı olarak nitelendirilebilecek olaylarda göz önünde bulundurulması gereken çok sayıda hüküm içermektedir. Bu bağlamda en başta vurgulanması gereken, okullarda akran zorbalığı eylemlerinin ayrımcılık yasağını ihlâl eder şekilde gerçekleşmesi hâlinde, hareket noktasını oluşturabilecek eşitlik ilkesidir. Gerçekten de hukukî bir sorun olarak ortaya çıkan akran zorbalığı, mağdur çocuğa uygulanan bir ayrımcılık (*discrimination*) şeklinde tezahür edebilir. Nitekim doktrinde de doğrudan temel hakları koruma altına alan belgelerde akran zorbalığına somut şekilde değinilmemekteyse de özellikle ayrımcılığa ilişkin uluslararası insan hakları araçlarının bu sorunla yakından ilişkili olduğu vurgulanmıştır<sup>41</sup>. Şu hâlde bir çocuğun kamu hizmeti niteliğindeki eğitim hizmetinden faydalanırken okul arkadaşlarının kötü muamelesi niteliğindeki ayrımcı müdahalelere maruz kalması ve buna yönelik şikâyetlerinin okul idaresi tarafından önemsenmemesi, Anayasa m. 10’daki kanun önünde eşitlik ilkesini ihlâl eder. Esasen böyle bir vakanın, doktrinde Türk hukukundaki ayrımcılık yasağının kanuni dayanağı olarak görülen<sup>42</sup> ve Türkiye’de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağıyla ilgili en kapsamlı yasal düzenleme niteliğini haiz Türkiye İnsan

<sup>37</sup> Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: <<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>>, Erişim tarihi 18 Nisan 2022.

<sup>38</sup> 27.01.1995 tarih ve 22184 sayılı R.G.

<sup>39</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, s. 65-67; Akyüz, E, “Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması”, 7. Baskı, Pegem Akademi, 2020, s. 53-60; Hayrunnisa Özdemir/A. Cemil Ruhi, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 5-6, 22-24. Bu kavram esasen ÇHDBM Sözleşmesinin üzerine inşa edildiği ana fikrin karşılığıdır (Memduh Cemil Şirin, “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış”, *Çocuk ve Medeniyet*, 4(8), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/cm/issue/57214/807917>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 219-220).

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, s. 60-64; Akyüz, s. 50-52; Özdemir/Ruhi, s. 20-21.

<sup>41</sup> Kolstrein / Jofré, s. 2-3. Yazarlar, bu çalışmada okul zorbalığını temel haklar perspektifinden inceledikten sonra zorbalığa karşı mücadelede zorbalık karşıtı kanunların, eğitim müfredatında gerekli değişiklikler ile pedagojik ve didaktik yöntemin bir bütün hâlinde soruna ilişkin çözüm sağlayabileceğini vurgulamaktadırlar (Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 7-10).

<sup>42</sup> Karan, U, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 32.

Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) Kanunu<sup>43</sup> bakımından da değerlendirilmesi zorunludur. Kanunda ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gören her gerçek kişinin hak ihlaline ilişkin olarak Kuruma başvuru yapabileceği ve başvuran kişinin çocuk olması hâlinde ise kimlik bilgilerinin gizli tutulacağı düzenlenmiştir (m. 17/VII). Çocuğun devletten ya da özel okuldan eğitim hizmetini alırken maruz kaldığı akran zorbalığı eylemlerinin, TİHEK Kanunu m. 4/I hükmünde sayılan ayrımcılık türleri arasında yer alan “*taciz*<sup>44</sup>” eylemi olarak nitelendirilebileceği olaylarla karşılaşılabılır. Gerçekten de özellikle bir öğrencinin okulda akran zorbalığına cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı olarak maruz kalması hâlinde durum böyledir<sup>45</sup>. Bu durumda okul idaresinin öğrencilere karşı bu tür taciz eylemlerini önleyememiş olması hâli, ayrımcılık yasağının da ihlali niteliğindedir. Dolayısıyla kanaatimizce bu hâlde TİHEK re’sen veya başvuru üzerine yaptığı inceleme sonucunda söz konusu kamu tüzel kişisi/özel hukuk tüzel kişisi hakkında idari para cezası uygulayabilmelidir (m 25/I).

Özellikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağıyla ilişkilendirilemediği hâllerde ise, okullarda akran zorbalığının Anayasa’da herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını garanti altına alan ve kimsenin işkenceye ve eziyete maruz bırakılmayacağını, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tâbi tutulamayacağını düzenleyen m. 17’yi ihlâl etmesi mümkündür. Türkiye’de çocuk dâhil herkesin kişi güvenliğini (m. 19), özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını (m. 20), din ve vicdan hürriyeti (m. 24) ile düşünce ve kanaat özgürlüğünü (m. 25) garanti altına alan anayasal hükümler de akran zorbalığında çocuğun temel hakları bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Yine Anayasa’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan ve çocuk haklarını özel olarak garanti altına alan m. 41’de, her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkına sahip olduğu ve Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Anayasa m. 42’de ise, her çocuğun Devletin gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilmesi gereken eğitim ve öğrenim hakkı garanti altına alınmıştır.

<sup>43</sup> 20.04.2016 tarih ve 29690 sayılı Resmi Gazete.

<sup>44</sup> Taciz; psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış şeklinde tanımlanmaktadır (TİHEK Kanunu m. 2/I j bendi). Genel olarak taciz kavramı ve ayrımcılığın diğer biçimlerinden farkları hakkında bkz. Karan, s. 269-273.

<sup>45</sup> Yapılan çalışmalar; okullarda öğrencilerin ekonomik seviyesi oldukça düşük olduğu için, yabancı düşmanlığından dolayı göçmen olduğu için veya zihinsel ve fiziksel sebeplerle özel eğitim ihtiyacı olduğu için zorbalığa uğrama olasılığının daha yüksek olduğunu tespit etmektedir (Bkz. Kolstrein / Jofré, s. 6-7).

Nitekim her somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken okulda akran zorbalığı vakıalarında hukuken varılan sonucun, hem uluslararası sözleşmelerle hem de Anayasa ile garanti altına alınan temel hakları ne ölçüde koruduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira çocuğun temel hakları iç hukuk düzeninin elverişli araçlarıyla korunmuyorsa, çocuğun kendisine yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır (Anayasa m. 40/I). Yine Türk hukukunda herkes gibi çocuklar da, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa ile kendilerine tanınan temel haklarından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedirler<sup>46</sup>. Elbette çocuklar bakımından da bu başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (m. 148/III). Zira Anayasa ile güvence altına alınan temel hakları bizzat kullanma ehliyeti, çocuklar dâhil, herkesin eşitçe sahip olduğu bir ehliyet olarak değerlendirilmektedir<sup>47</sup>.

Kanaatimizce okullarda akran zorbalığında karşılaşılabilecek temel hak ihlalleri olarak en başta AİHS m. 3 ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 17/III kapsamında garanti altına alınan kötü muamele yasağına aykırılık konusunda Devletin usulî yükümlülüklerinden olan etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali ortaya çıkabilir. Yine okullarda akran zorbalığı vakıalarının AİHS m. 8 ve Anayasa m. 20’de teminat altına alınan, Devletin özel hayata saygı hakkı konusundaki pozitif yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi de mümkündür. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Đurđević v. Hırvatistan<sup>48</sup> davasında, okulda zorbalıkla ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu çalışma bakımından bu davanın okulda akran zorbalığıyla ilişkili şikâyet kısmı önemli olduğundan kararın sadece buna ilişkin kısımları değerlendirilmektedir. Bu olayda başvuru öğrenci ve annesi, kendilerinin Romen kökenli olduğu için oğlunun okulda arkadaşları tarafından hakarete ve vurma eylemlerine maruz kaldığını, bu fiziksel eylemler sebebiyle oğlunun uzun süre boyunca birden fazla kez kafa travması geçirdiğini, hatta kalıcı göz hasarına uğradığını ve bu olaylar dolayısıyla defalarca okula şikâyette bulduklarını iddia etmişlerdir. Okul idaresi ise, tam tersine başvuru öğrencinin kendisinin diğer öğrencilerle sık sık tartışmaya girdiğini ve ailenin oğullarının davranışları konusunda uyarıldığını gösteren iki yazı ile bu şikâyetlere yanıt verildiğini belirtmiştir. Mahkeme tarafından, başvuruların okul zorbalığına ilişkin şikâyetleri

<sup>46</sup> <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/bireysel-basvuru/>>, Erişim tarihi: 5 Ağustos 2022.

<sup>47</sup> Bununla birlikte çocuğun, temel haklar korumasından idrak kabiliyeti bulunmadığı için yararlanmadığı hâllerde, çocuğun bu hakkı ana baba tarafından vekâleten kullanılabilirdir (Bkz. Serozan, s. 39, 43).

<sup>48</sup> Đurđević v. Croatia (Başvuru numarası: 52442/09) (Dava hakkında genel değerlendirme için bkz. <<https://ijrcenter.org/2011/08/23/echr-decisions-in-torture-cases-article-3-july-2011/>>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022.

başvurucunun vücut bütünlüğünü ihlal edici nitelikte olduğundan AİHS m. 3 ve özel hayatına ilişkin olduğundan AİHS m. 8 kapsamında değerlendirilebilir bulunmuştur. Ancak başvurucunun oğlunun okulda etnik köken sebebiyle zorbalığa maruz kaldığı yönündeki iddialarını zamanlama, nitelik ve koşullar konusunda yeterince somutlaştıramadığı tespit edilmiştir. Nitekim başvuru zorbalığın ismini verememiş ve kalıcı göz hasarı ile zorbalık eylemleri arasındaki illiyet bağına ispat edememiştir. Nihayetinde davalı Devlet bu şikâyetlerle ilgili olarak etkin soruşturma yürütmediğinden bahisle m. 3'ten ya da m. 8'den doğan pozitif yükümlülüğünü ihlalden sorumlu tutulmamıştır. Bu karar ile AİHM tarafından, okulda akran zorbalığının AİHS m. 8'i ihlal edebileceği; dolayısıyla bir çocuğun okul eğitimi sırasındaki durumunun çocuğun özel hayatına ilişkin bir alan olduğu da kabul edilmiştir<sup>49</sup>.

Okullarda karşılaşılan akran zorbalığının, eğitimde ayrımcı uygulamalar sebebiyle eğitim hakkı ihlali oluşturup oluşturmayacağı Türk hukuku bakımından da değerlendirilmelidir. Nitekim doktrinde de okullarda akran zorbalığı sorununun esasen ÇHDBM Sözleşmesi<sup>50</sup> ve Devletin çocuklara okullarda güvenli bir eğitim ortamı sağlama yükümlülüğüyle ilişkilendirilebileceğine işaret edilmiştir<sup>51</sup>. Bu durumda ayrımcılık, esasen kamu otoritesinin doğrudan eylemiyle değil, öğrencinin okul ortamında diğer öğrenciler tarafından zorbalık teşkil eden davranışlara maruz kalmasına rağmen okul idaresinin ve öğretmenlerin bu tür eylemlere göz yumması veya akran zorbalığına karşı önleyici bir tutum içinde olmamaları suretiyle ortaya çıkmaktadır. Eğitim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol m. 2'de de düzenlenmiştir<sup>52</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, eğitim hakkını, ABD'deki yaklaşıma paralel şekilde, eğitime erişim kısıtlamaları ve eğitime erişimde ayrımcılık (özellikle AİHS m. 14'e atıf yaparak) çerçevesinde ele almaktadır<sup>53</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No'lu Protokol'ün 2.

<sup>49</sup> Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Romeo Ernesto Zelayandía González, “Combating Homophobic And Transphobic Bullying in Educational Settings: The Role of Human Rights Law and Positive Obligations”, Central European University, Department of Legal Studies, Master of Laws in Human Rights, 2007, <[https://www.academia.edu/39898664/Zelayandia\\_Romeo](https://www.academia.edu/39898664/Zelayandia_Romeo)>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022, s. 57-60.

<sup>50</sup> Çocuk Hakları Komitesi Sözleşme'nin eğitim hakkını düzenleyen 29. Maddesine ilişkin genel yorumunda “okul ortamının kendisi, Madde 29 (1) (b) ve (d) paragraflarında yer verilen özgürlük ve anlayış, barış, hoşgörü, cinsiyet eşitliği; bütün halklar, etnik, ulusal ve dinsel gruplar ve kişilerle yerli halklar arasında dostluk ruhunu yansıtacak nitelikte olmalıdır. Zorbalığa veya diğer şiddet içeren ve dışlayıcı uygulamalara izin veren bir okul, Madde 29 (1)'deki gereklilikleri karşılayan bir kurum olarak değerlendirilmez” olduğunu vurgulamıştır (Genel Yorum 1 (2001): Eğitimin Amaçları prg.19, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usûl Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, <<https://www.unicef.org/turkiye/raporlar/chds-ve-ihiyari-protokoller-usul-kurallari-ile-cocuk-haklari-komitesi-genel-yorumlari>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022.)

<sup>51</sup> Benzer yönde bkz. Olweus, School Bullying, s. 775.

<sup>52</sup> <[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_Protocol\\_1\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_TUR.pdf)>, Erişim tarihi 6 Mayıs 2022.

<sup>53</sup> Doktrinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin eğitim hakkını özellikle ayrımcılık yasağı ile ilişkilendirdiği tespit edilmektedir (Bingöl Schrijer s. 850-851). Ayrıca bkz. Bingöl Schrijer, s. 854.

maddesi Hakkında Rehberde de eğitim hakkı, Sözleşme'nin 14. maddesiyle ve ayrımcılık yasağıyla yakından ilişkili görülmüştür<sup>54</sup>. Bunun yanında Sözleşmeye Taraf Devletlerin hem devlet hem özel okullardan sorumlu oldukları ve tüm öğrencileri okullarda kötü muameleye maruz kalmaktan korumaya ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunduğu sonucuna varılmıştır<sup>55</sup>. Diğer bir deyişle uluslararası sözleşmelerde garanti altına alınan eğitim hakkı, devlete esasen üç tür edim yükümlülüğü yüklemektedir Bunlardan ilk ikisi, okullarda akran zorbalığı bakımından önem arz etmemektedir. Ancak Devletin çocukların maruz kaldığı eğitim engellerini kaldırmaya yönelik tedbir alma yükümlülüğünü ifade eden üçüncü edim yükümlülüğü, kanaatimizce somut olayın şartları dikkate alınarak okullarda akran zorbalığının eğitim hakkının ihlali olarak ele alınmasını mümkün kılabilir niteliktedir<sup>56</sup>. Nitekim akran zorbalığının çeşitli eyalet kanunlarında özel düzenlemeye kavuşturulduğu ABD hukukunda da mağdur çocukların özellikle ırk, etnik köken, engellilik, dini inanç ya da cinsiyet tercihleri gibi bir dezavantajlı gruptan olmaları dolayısıyla ayrımcılık oluşturacak şekilde akran zorbalığına maruz kalmaları durumunda, eğitim hakları da ihlal edildiğinden özel olarak korundukları görülmektedir<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. Maddesi Hakkında Rehber: Eğitim Hakkı, s. 6.

<sup>55</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. Maddesi Hakkında Rehber: Eğitim Hakkı, s. 7-8.

<sup>56</sup> Bunlardan ilki, eğitimin tüm çocuklara sağlanması ve Devletin çocukların bundan yararlanmalarına yönelik tedbirler almasını ifade eder. İkincisi, Devletin çocukların eğitime erişimini engelleyecek eylemlerden kaçınarak eğitim hakkına saygı göstermesi yükümlülüğünü ifade eder (Bkz. Muharrem Kılıç, "Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları", *Yükseköğretim Dergisi*, 11(1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yuksekogretim/issue/62230/930281>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 27-28.

<sup>57</sup> ABD'de okullarda akran zorbalığının sosyal problem olarak ele alınması 1999'da gerçekleşen iki olaydan kaynağını almaktadır. 1999'da Columbine Lisesinde zorbalık mağduru öğrenciler okulda silahlı saldırılar gerçekleştirmiş ve aynı yıl ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) tarafından bir okul, öğrenciler arasında okulda gerçekleşen cinsel tacizi engelleyememekten sorumlu tutulmuştur (*Davis v. Monroe County Board of Education*, 1999). Bu olaylar üzerine ABD'de eyalet düzeyinde zorbalık karşıtı yasal düzenlemeler yapılmıştır (Cornell/Limber, s. 333; Jenkins ve arkadaşları, s. 210). Bu karar, zorbalığa ilişkin doğrudan bir ifade içermese de Amerika'da eğitimde zorbalığın varlığını gösteren ilk karardır. Bu olayda beşinci sınıf düzeyindeki bir kız öğrenci okulda tekrarlayan şekilde bir erkek arkadaşının cinsel istismarına ve uygunsuz davranışlarına maruz kalmış ve bir süre sonra bu olaylardan dolayı depresyona giren kız öğrencinin ders notlarında düşüş yaşanmış ve sonunda kız öğrenci yaşadığı olayları anlattığı bir intihar notu bırakarak intihar etmiştir. Kızın ana babası, okul idaresinin okulda yaşanan bu tür vakialardaki müdahalesini yetersiz göyerek erkek çocuğunu şikâyet etmiş ve çocuk suçlu bulunmuştur. Ayrıca ana baba, okul idaresine ayrımcılık yasağının ihlaliyle başvuru bulunmuş, başlangıçta yerel mahkeme talebi reddetmiş olmasına rağmen ABD temyiz mahkemesi okulda bir öğrencinin diğer bir öğrencinin cinsel istismarına maruz kalmasını ayrımcılık oluşturan bir uygulama olarak değerlendirmiştir. Bu karar, okulların eğitimde zorbalığa karşı mücadele eden programlar geliştirmesini teşvik etmiştir (Cornell/Limber, s. 335-336; Jenkins ve diğerleri, s. 215-216). Bu kararda şu ilkeler belirlenmiştir: Mağdur öğrenci ayrımcılığa maruz kalabilecek ırk, etnik köken, din, engellilik gibi bir niteliğe sahip olmalıdır. Okulda uygulanan şiddet ağır olmalıdır. Öğrenciler arasında rastlanan sıradan alay etmeler, isim koyma gibi davranışlar zorbalık olarak değerlendirilemez. Okul idaresinin zorbalık teşkil eden eylemlerden haberdar edilmiş olması gerekir, okulun bilmediği bir davranıştan sorumlu tutulması mümkün değildir. Dolayısıyla okul idaresi ancak bu tür davranışları bilerek görmezden gelmiş ise sorumlu tutulmalıdır (Cornell/Limber, s. 335-336). Akran zorbalığını konu alan başka kararlar olarak bkz. *Shore Regional High School Board of Education v. P.S. Forty one (2004)* - *Scruggs v. Meriden Board of Education (2005)* - *T.K. and S.K. v New York City Department of*

Türk hukukunda doğrudan akran zorbalığıyla ilişkili bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte zorbalıkla dolaylı olarak ilişkilendirilebilecek genel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışma akran zorbalığının özel hukuka ilişkin sonuçlarını ortaya koymayı amaçladığından, bundan sonraki açıklamalar özel hukukla ilişkili mevzuat ile sınırlandırılmıştır<sup>58</sup>.

*Education (2011)*. 2010 yılında ise, Amerika Birleşik Devletleri Eğitim Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi (U.S. Department of Education, Office of for Civil Rights, 2010) Federal düzeyde ülke genelindeki tüm okullara bir yazı (letter) göndermiş ve bu yazıda bazı akran zorbalığı vakıalarının ayrımcılık ilkesine aykırı olduğu için Federal mevzuat düzeyinde temel hak ihlali olduğunu vurgulamıştır. Okul idarelerinin bir şahsın ırkı, etnik kökeni, rengi, milli orijini, cinsiyeti, engeli dolayısıyla zorbalığa maruz kaldığı hâllerde ve bu zorbalık ısrarcı ve ciddi olduğundan münferit öğrencinin eğitim hizmetinden, faaliyetinden ve fırsatından yararlanmasına müdahale teşkil etmekteyse, bunun bir temel hak ihlali teşkil edeceğine işaret etmiştir. Bu hâlde okulun bu tür zorbalığı sona erdirmek için elinden geleni yapması gerektiğini, zira okulların tekrarlayan zorbalık faaliyetlerinin önlenmesi için tedbirler alması gereği vurgulanmıştır. Bu çerçevede okul idaresi tüm personelini okulların temel hak ihlaline ilişkin eğitmeli, zorbalık karşıtı açık politikalar benimsemeli, öğrencilere ve ailelerine zorbalık farkındalığına ve bu eylemlere karşı başvuru yolları hakkında bilgi vermelidir. Eğitim Bakanlığı tarafından 2011’de gönderilen mektupta toplumsal cinsiyet eşitliğine aykırı zorbalık eylemlerine, 2013’te ise engelli öğrencilere yönelik zorbalık vakıalarına dikkat çekilmiştir. Bu mektup bir mahkeme kararıyla (*T.K. and S.K. v New York City Department of Education 2011*) desteklenmiş ve öğrenme güçlüğü çeken öğrencilere yönelik zorbalık vakıalarına karşı okul idarelerinin dikkatli olması istenmiştir. Ancak zorbalık vakıalarına yönelik ayrımcılık temelli koruma yaklaşımı, okullarda karşılaşılan birçok zorbalık türünün koruma kapsamı dışında kalmasına sebep olmuştur. Özellikle bu mevzuat engelli ve çeşitli sebeplerle ayrımcılık teşkil etmeyen zorbalık vakıalarından farklı olarak, korunmaya muhtaç bir kesimden olmayan öğrencilerin zorbalığa karşı özel olarak korunamaması gibi bir çelişkili durum oluşturmuştur. Oysa okullarda yaşanan süreklilik ve ciddiyet kazanmış zorbalık vakıaları tüm öğrencilerin kamusal eğitime erişim hakkını ihlal eder niteliktedir. Ancak ABD’de her devlette federe düzeyde bir temel hak olarak kamusal eğitime erişim hakkının bulunmayışı sorun oluşturmaktadır (Cornell/Limber, s. 337; Benzer yönde bkz. Jenkins ve arkadaşları, s. 210-211, 217). Yine her çocuğun eğitim hakkını garanti altına alan Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi de ABD tarafından onaylanmamıştır. Bununla birlikte 1999’dan itibaren eyalet düzeyindeki mevzuatta öğrencilerin ayrımcılıktan arınmış şekilde kamusal eğitime erişim hakkı tanınmıştır. Eyalet düzeyindeki zorbalık karşıtı mevzuat; her şeyden önce okullarda zorbalığın incelenmesini ve raporlanmasını gerektirmekte, zorbalığa karşı sıfır tolerans bakış açısıyla zorbalık eylemleri gerçekleştiren öğrencilere disiplin yaptırımını önermekte, okul personelinin bu hususta eğitilmesini ve diğer tedbirlerin alınmasını teşvik etmektedir (Cornell/Limber, s. 338). Yine bu düzenlemelerde genelde (5 eyalet hariç) zorbalık davranışı cezaî yaptırıma tâbi tutulmasa da, ana babaların çocuklarının gerçekleştirdiği hukuka aykırı nitelikteki bu tür eylemlerinden sorumlu tutuldukları görülmektedir (Jenkins ve diğerleri, s. 214-215). Zira okullarda zorbalık çok rastlanan ve çeşitli şekillerde ve sıklıkta karşılaşılan bir sorundur. Bu açıdan işyerlerinde karşılaşılan mobbing vakıalarına da benzemektedir. Zorbalık ile taciz arasındaki sınırın belirlenmesi oldukça güçtür. Nitekim ABD’de eyalet düzeyindeki mevzuatta bu iki kavram çoğu zaman birbiri yerine kullanılabilmiştir (Cornell/Limber, s. 339). Bazı devletlerde buna karşı cezai yaptırımlara başvurulmasından söz edilmektedir ancak bundan ziyade eğitimde zorbalığa karşı okul temelli önleyici müdahalelere ağırlık verilmelidir. Bu konuda kültürel değişim sağlanmasına yönelik politika önerileri daha yerinde görülmekte ve her şeyden önce eğitim hakkının her öğrenciye tanınması ve zorbalığın bu hak önünde bir müdahale olduğuna işaret edilmektedir (Cornell/Limber, s. 342). Nitekim ABD’deki eyalet düzeyinde yapılan eğitimde zorbalık karşıtı kanunların zorbalığı ne ölçüde önlediğini/azalttığını araştıran yakın tarihli iki çalışmadan ilki bu düzenlemelerin geleneksel zorbalık vakıalarını %24 azalttığını ortaya koymuştur. İkinci çalışmada ise güçlü düzeyde zorbalık karşıtı yasalara sahip eyaletlerde okulda şiddette %7-13 oranında, zorbalık eylemlerinde ise %8-12 azalma olduğunu tespit etmişlerdir. Dolayısıyla ortalama düzeyde koruma sağlayan yasalar zorbalıkta ciddi düzeyde azalma göstermemektedir ancak okulda zorbalığa karşı daha sert düzenlemelere sahip yerlerde okulda zorbalık anlamlı ölçüde azalmıştır (Bkz. Jenkins ve diğerleri, s. 222). Eğitimde akran zorbalığı karşıtı programların etkililiği hakkında ayrıca bkz. Olweus, School Bullying, s. 771.

<sup>58</sup> Aşağıda önce Çocuk Koruma Kanunu ile Türk Medenî Kanunu’nda yer alan çocuğun kişiliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin hem zorba hem mağdur çocuk bakımından uygulanma kabiliyeti değerlendirilmekte ardından 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümleri çerçevesinde çocuğun dolaylı da olsa korunup korunamayacağı belirlenmektedir.

## B. Okullarda Akran Zorbalığında Çocuğun Koruyucu ve Destekleyici Tedbirlerle Korunması

Okullarda bir çocuk diğer bir çocuğa sıkça ve ciddi boyutta zorbalık eylemleri uyguladığında hâkim tarafından zorba ya da kurban çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Esasen hâkimin re'sen veya başvuru üzerine özellikle zorba çocuğun kendisinin devlet koruması altına alınmasının gerekip gerekmediğini araştırması gerekir. Zira Türkiye'de Çocuğa Karşı Şiddet Durum Raporu'nda, akran zorbalığında kurbanlar gibi zorbaların da risk altında ve çocuk olduklarına dikkat çekilmiş ve cezalandırıcı uygulamalar yerine rehabilite edici politikalara önem verilmesi gerektiği, zira zorba çocukların farklı ortamlarda şiddete maruz kalan ya da tanık olan çocuklar olabildiği vurgulanmıştır<sup>59</sup>. Yine doktrinde zorbaların kendilerinin de çoğunlukla bir başkası tarafından istismara uğrayan çocuklar olabildiğine ve genellikle zorbaların ana babalarının ilgisiz ve aldırılmaz tavırlar sergilediklerine dikkat çekilmiştir<sup>60</sup>.

Türk hukukuna göre çocuğun korunması amacıyla, hâkimin mümkünse öncelikle (zorba veya mağdur) çocuğu kendi aile ortamında korumaya çalışması ve buna yönelik danışmanlık ve eğitim konularında tedbir kararı alması gerekir. Bu durum, tedbir kararlarında ölçülülük ilkesinin bir sonucudur. Dolayısıyla hâkim, çocuğun eğitiminden sorumlu olan ana babanın akran zorbalığıyla ilişkili eğitim almasına yönelik ya da zorba çocuğun kendisinin eğitim ve gelişimiyle ilgili sorunlarının çözümünde yetkili (psikoloji, pedagoji, sosyal hizmetler vb. alanlarda) danışmanlara yönlendirilmesine karar verebilmelidir<sup>61</sup> (TMK m. 346; Çocuk Koruma Kanunu<sup>62</sup> m. 5/I a ve b bentleri). Yine zorba ya da mağdur çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna yönelik tedbir kararı vermesi de mümkündür. Aslında ÇKK ve TMK çerçevesinde çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin sadece genel çerçevesi belirlenmektedir. Dolayısıyla hâkim, TMK m. 4'ten kaynaklı takdir yetkisine dayanarak somut olaydaki zorba/kurban çocuğa en uygun koruyucu ve destekleyici tedbire hükmetmeli,

<sup>59</sup> Türkiye'de Çocuğa Karşı Şiddet Durum Raporu 2017, s. 78-79.

<sup>60</sup> Polat/Sohbet, s. 50. Nitekim bilimsel araştırmalarda akran zorbalığının hem zorbalar hem de zorbalığa maruz kalan çocuklar için önemli psikolojik, sosyal ve fiziksel sonuçlarının olduğu vurgulanmaktadır (Ergül Topçu, Aysun, (2018), "Okullarda Akran Zorbalığının Yaygınlığı ve Doğası Üzerine Bir Derleme", *Kriz Dergisi*, 26(2), <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/kriz/issue/41895/505251>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022,

<sup>61</sup> Bkz. Öztan, s.1142-1146; Akyüz, s. 273-280; Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet*, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 166; Gülçin Elçin Grassinger, "Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)", On İki Levha Yayıncılık, 2009. s. 112-123; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, "Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt", 22. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, s. 436.

<sup>62</sup> 15.7.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazete.



ancak akran zorbalığına maruz kalan çocuğun, bir de hakkında verilen tedbir kararı dolayısıyla örselenmemesine de önem vermelidir.

Diğer taraftan bu tedbirlerin soruna çözüm olmadığı durumlarda ya da somut olayın şartları çerçevesinde bu tedbirlerin çözüm olmayacağı anlaşıldığında, hâkim tarafından re'sen veya talep üzerine, özellikle zorba çocuğun "korunmaya ihtiyacı olan çocuk" olduğu tespit edilerek bir koruyucu aile yanına ya da bir devlet kurumuna yerleştirilmesi de mümkündür (TMK m. 347; ÇKK m. 5/I c bendi)<sup>63</sup>. Nitekim Türk hukukuna göre zorba çocuğun ana babası çocukla baş edemediğinde, çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana baba veya çocuğun istemi üzerine çocuğun ana babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilebilmesi mümkündür (TMK m. 347/II). Kanaatimizce somut olayda çocuk veya ana babanın bir talebi olmasa bile, hâkim, önüne gelen bir olayda özellikle hakkında sıkça ve şiddetli zorbalık eylemleri dolayısıyla şikâyette bulunulan çocuğun kendisinin bir başkasının şiddetine maruz kalıp kalmadığını veya ana babanın aşırı ilgisizliği sebebiyle başıboşluğa düştüğünden dolayı "korunma ihtiyacı olan çocuk" olup olmadığını araştırmalıdır. Bu araştırma neticesinde hâkim, zorba çocuğun bedensel, zihinsel ve toplumsal gelişiminin tehlikede olduğu sonucuna varırsa zorba çocuğun korunma ihtiyacı olan çocuk olduğuna dayanarak re'sen devlet koruması altına alınmasına da karar verebilmelidir (TMK m. 347/I; ÇKK m. 5/I c bendi).

Kanaatimizce hâkimin, somut olayın şartlarına göre, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun<sup>64</sup> kapsamında koruyucu ve önleyici tedbir kararı alması da mümkündür. Zira anılan Kanun da Türk hukukunda çocuğun korunmasında dolaylı olarak yararlanılabilecek özel düzenlemeler içermektedir<sup>65</sup>. Kanunun amacı şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (m.1). Bazı akran zorbalığı vakıalarında kurban olarak karşımıza çıkan çocuklar, bu Kanun kapsamında özel olarak korunması gereken kişiler arasında bulunabilirler. Bu hâlde bu çocuklar bakımından da bu Kanun çerçevesinde aile mahkemelerinden kurban çocuğu koruyucu ve zorba çocuk

<sup>63</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Nur Kılınç, "Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (3), 2020, s. 1223.

<sup>64</sup> 20.3.2012 tarih ve 28239 sayılı Resmi Gazete.

<sup>65</sup> Bkz. benzer yönde Kadir Berk Kapancı/ Başak Başoğlu, "Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(1), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/27591/290674>> , Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 362.

bakımından önleyici tedbir kararları alınabilir.

Şu hâlde Türk hukukunda okullarda akran zorbalığına karşı hem zorba hem mağdur çocuk bakımından destekleyici veya koruyucu tedbir kararları verilmesi mümkündür. Bununla birlikte bu türden kararların alınabilmesi için, esasen her şeyden önce çocukların okullarda karşılaşılabilecekleri zorbalıkta başvurabilecekleri hukukî yollar hakkında bilgilendirilmeleri gerekir. Kanaatimizce çocuğun temel hakları ve çocuk hakları bağlamında, okulda akran zorbalığına karşı korunması son derece önemlidir. Bununla birlikte nihai hedef ise, zorba çocukları okulda şiddete yönlendiren ve diğer çocuklara şiddet uygulamalarını teşvik eden sebeplerin tespit edilmesi ve bu sebeplerin ortadan kaldırılmasına yönelik politikaların üretilmesi olmalıdır. Ancak bu durumda bugünün çocukları ve geleceğin büyükleri için şiddetten uzak bir dünya inşa edilebilir.

## V. OKULLARDA AKRAN ZORBALIĞI HÂLİNDE HUKUKÎ SORUMLULUK

Okullarda yaşanan akran zorbalığının kurban çocuk üzerinde ciddi maddî veya manevî zararlar doğurması mümkündür. Süreklilik unsurunu barındıran zorbalık davranışlarının, haksız fiil ehliyetine sahip olması hâlinde failin kasıt niteliğindeki kusuruna da dayandığından “zarar gören çocuklar” üzerinde bırakılması Türk sorumluluk hukuku ilkeleri açısından mümkün değildir. Zorbalık oluşturan eylemlerin okullarda gerçekleşmesi hâlinde ise, zorbanın haksız fiil ehliyetinden bağımsız şekilde, zorbanın hukuka aykırı davranışlarından okul idaresinin veya zorbanın ana babasının kusursuz sorumlulukları değerlendirilmelidir<sup>66</sup>.

Akran zorbalığının özel okullarda gerçekleşmesi hâlinde, bir borca aykırılık teşkil edip etmeyeceği de belirlenmelidir. Bu sebeple aşağıda okullarda akran zorbalığında başvurulması mümkün özel hukuk sorumluluğu hükümleri, zararın meydana geldiği yerin özel okul mu

---

<sup>66</sup> Ne Türk ne İsviçre hukukunda okulda zorbalığa ilişkin içtihat bulunmamaktadır (İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Macheret / Paquier, s. 42). Buna karşılık Alman hukukunda okulda zorbalığa ilişkin içtihatlar rastlanmaktadır. Bu kararda Mahkeme tarafından öncelikle okulda öğrenciler arasındaki zorbalık eylemlerine karşı hareketsiz kalan ve hatta bu eylemlere bizzat katılarak teşvik eden öğretmenin ve Devletin sorumluluğunu kabul edilmiştir. Bu olayda bilişsel bozukluğu olan dokuz yaşındaki bir öğrenci okulda akranlarının ve öğretmenin alay konusu olmuştur. Bir öğrenci okula bir maymun posteri getirmiş ve bu maymuna öğrencinin akranları ve öğretmeni tarafından bu çocuğun ismi verilmiş ve öğretmen dahil tüm sınıf buna gülmüştür. Ayrıca sınıftan iki öğrenci aynı çocuk ile ilgili hakaretler içeren bir mektup yazmış ve öğretmen bu mektubu tüm sınıfın önünde okuyarak çocuğun daha fazla alay konusu edilmesine sebep olmuştur. Bu olayı takiben, ilgili çocuk gece yatağını ıslatma ve anksiyete şikâyetiyle ağlamaya başlamış ve okula gitmeyi reddetmiştir. Bu olaydan dolayı devletin sorumluluğuna başvurularak, çocuğun tıbbi bakımı için 1.600 Mark maddî ve ayrıca manevî zarar tazmini talep edilmiştir. Bu davada Oberlandesgericht okul saatlerinde öğretmenin okulda çocuğu koruma görevini ihlal ettiğini ve ihlâlin ciddiyetinin tazminat ödemeyi haklı kıldığını değerlendirmiştir. Hatta okulda tüm öğrenciler için otorite figürünü temsil eden öğretmenin bir çocuğu, diğer çocukların alay ve küçümsemesine konu ederek sınıfta dışlanmasına vesile olmasında çocuğa verilen zarar ciddi görülmüştür (Zweibrücken Oberlandesgericht tarafından verilen 6 Mayıs 1997 tarihli karar hakkında bilgi için bkz. Macheret / Paquier, s. 37).

devlet okulu mu olduğuna göre ayrılarak incelenmektedir. Bu bağlamda devlet okullarında karşılaşılan akran zorbalığına ilişkin olarak da kısa bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu noktada bu çalışmanın bir özel hukuk çalışması olduğu göz önünde tutulmuştur. Sadece devlet okullarında gerçekleşen akran zorbalıklarında ev başkanının sorumluluğu hükümlerine ne ölçüde başvurulabileceğinin belirlenmesi amacıyla devletin sorumluluğuna değinilmektedir.

### A. Özel Okulların Akran Zorbalığı Dolayısıyla Sorumluluğu

Okullarda akran zorbalığının özel hukuka ilişkin sonuçlarının değerlendirildiği böyle bir çalışmada, öncelikle özel sektörde faaliyet gösteren okullardan kamu hizmeti niteliğinde eğitim hizmeti alan öğrenciler arasında yaşanan akran zorbalığından sorumluluk değerlendirilmelidir. Zira bu hâlde eğitim hizmeti saf bir özel hukuk sözleşmesi çerçevesinde verilmektedir. Bununla birlikte bu ilişki 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu<sup>67</sup> ve ilgili mevzuat ile ayrıntılı şekilde düzenlendiğinden, taraflar arasında tam bir sözleşme özgürlüğünden de bahsedilemez<sup>68</sup>. Türk hukukunda bu sözleşme, doktrinde ve uygulamada özel okul sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir<sup>69</sup>.

Doktrinde özel okul sözleşmesinin özel eğitim kurumu ile öğrenci arasında yapıldığı ve öğrencinin tüketici sıfatını haiz olduğu ve işlemin tüketici işlemi olduğu kabul edilmektedir<sup>70</sup>. Uygulamada ise, eğitim ve öğretimden yararlanacak öğrencinin ergin olmadığı hâllerde çoğunlukla sözleşmenin tarafları öğrenci velisi (ana ve/veya baba) ile özel öğretim kurumu olmaktadır. Kanaatimizce bu hâlde sözleşmenin tarafı olan öğrenci velisi çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla hareket etmemektedir. Zira velâyet hakkı sahibi ana babanın TMK m. 339/I ve 340 gereği çocuğu eğitime ve yetiştirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sözleşmede ana baba, çocuğuna karşı eğitim yükümlülüğünü yerine getirmek üzere kendi adına ve hesabına özel okul sözleşmesi yapmakta; öğrenci ise, bu sözleşmeden yararlanan üçüncü kişi konumunda bulunmaktadır<sup>71</sup>. Özel okul bu sözleşmeden doğan asli edimini çocuğa karşı

<sup>67</sup> 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete.

<sup>68</sup> Mustafa Tiftik, *Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2005, s. 28, dn. 28; Turanboy, s. 40-41; Şahin Akıncı, “Covid 19’un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı*, 19(38), 2020/2, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iticusbe/issue/55311/753296>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 94. Zira özel okullarda eğitim devam ederken Millî Eğitim Bakanlığı’nın tüm özel öğretim kurumlarını bağlayıcı nitelikte kararlar alması mümkündür ve özel öğretim kurumları Bakanlığın bu kararları ile bağlıdır (Bkz. Akıncı s. 95).

<sup>69</sup> Sezer Çabri, “Covid-19 Sebebiyle Alınan Önlemlerin Özel Okul Sözleşmelerine Etkisi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(10), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd/issue/65238/1003638>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 205. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Tiftik, *Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2005; Turanboy, K. N. Okul Sözleşmesi, 2000, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi.

<sup>70</sup> Tiftik, s. 36; Akıncı, s. 94.

<sup>71</sup> Aynı yönde bkz. Tiftik, s. 37; Turanboy, s. 39.

yerine getirmekle yükümlü olduğundan, tarafların iradesinin tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme kurmak olduğu hâllerle karşılaşılabılır. Bu durumda çocuk okulun bu sözleşmeden doğan borcunun ifasını bizzat talep ve dava da edebilir. Uygulamada çoğunlukla tam iki tarafa borç yükler şekilde kurulan özel okul sözleşmesi bir yıllık eğitim-öğretim dönemiyle sınırlı olarak yapılan ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir iş görme sözleşmesi olarak ortaya çıkar. Bu sözleşmede veli, sözleşmede kararlaştırılan eğitim ücretini ödemek, okul ise sözleşmede adı belirtilen öğrenciye eğitim ve öğretim hizmeti verme borcu altına girmektedir<sup>72</sup>. Doktrine göre bu ilişkide her hâlde özel okul, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>73</sup> m. 3'te tanımlanan sağlayıcı; sağlayıcı ile ticari ve mesleki amacı dışında özel amaçlı bir sözleşme yapan veli ise tüketici sıfatını haizdir. Dolayısıyla özel okul sözleşmesi tüketici işlemi niteliğindedir<sup>74</sup>.

Kanaatimizce bu sözleşmenin her hâlde (“toptancı” bir değerlendirmeye) tüketici işlemi sayıldığı sonucuna varılamaz. Zira tam fiil ehliyetine sahip olup özel okul sözleşmesini taraf olarak imzalayan öğrencinin bazı hâllerde tüketici sıfatına sahip olmaması mümkündür. Zira TKHK 3. maddesindeki tanımlar maddesine göre tüketici işlemi hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan her türlü sözleşmeyi ifade eder. Meslek liseleri dahil özel sektörde faaliyet gösteren okulların, her hâlde ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak ortaya çıkacağından şüphe edilemez. Ancak okul ile özel okul sözleşmesi yapan öğrencinin her hâlde ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiği kabulü isabetli olmaz. Zira doktrinde de vurgulandığı üzere buradaki ölçüt subjektif olup, özel okul sözleşmesi tarafı olan öğrencinin hizmeti hangi amaçla aldığı önemlidir<sup>75</sup>. Dolayısıyla öğrenci ile okul arasında imzalanan özel okul sözleşmesinin her hâlde tüketici işlemi olduğu değerlendirilemez. Gerçekten de özel okul sözleşmesinin tarafı olan öğrencinin bu sözleşmede mesleki amaçlarla hareket ettiği durumlarla karşılaşılabılır. Örneğin öğrencinin özel bir sağlık meslek lisesinde eğitim alarak sağlık meslek mensubu<sup>76</sup> olmak üzere sözleşme yaptığı durumlarda, artık taraflar arasında bir tüketici işlemi bulunduğu sonucuna varılmamalıdır. Zira somut olayda sözleşmenin tarafı olan

<sup>72</sup> Tiftik, s. 21 vd. Çabri, s. 206.

<sup>73</sup> 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete.

<sup>74</sup> Çabri, s. 207.

<sup>75</sup> Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 88.

<sup>76</sup> Gerçekten de anestezi teknisyeni, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknisyeni, diş protez ve ortez teknisyeni, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ek madde 13 gereği sağlık meslek mensubu olup, özel sağlık meslek liselerinin ilgili programlarına kaydolun öğrencilerin özel okul sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak kabul edilmeyeceği sonucuna varılmalıdır.

öğrencinin mesleki amaçlı hareket ettiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Özel yatılı okul sözleşmelerinde ise, öğrenciye ücret karşılığında eğitim-öğretim hizmeti yanında barınma ve beslenme hizmeti de sağlanmaktadır. Doktrinde vurgulandığı üzere bu sözleşme Kanunda özel olarak düzenlenmeyen karma sözleşmelerin bir türü olan kombine (bileşik edimli) sözleşme niteliğindedir<sup>77</sup>. Bu sözleşme ile özel okul çeşitli sözleşme tiplerine ait birçok edimde (eğitim öğretim hizmeti, yemek verme vb.) bulunma, sözleşmenin tarafı olan veli/öğrenci ise sadece ücret ödeme borcu altına girmektedir. Bu ilişkiye öncelikle varsa emredici hükümler uygulanmalıdır. Bunun ardından taraflar arasında imzalanan sözleşmedeki özel hükümler, özel hüküm bulunmayan hâllerde ise öncelikle özel okullara ilişkin mevzuattaki tamamlayıcı hükümler ve son sırada ise Türk Borçlar Kanunundaki vekâlet ve kira gibi sözleşmelere ilişkin hükümler, özel yatılı okul sözleşmesinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır. Somut olaya uygulanması mümkün olan böyle bir sözleşme tipi mevcut değilse taraflar arasındaki uyuşmazlığa Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde çözüm aranmalıdır<sup>78</sup>.

### 1. Akran Zorbalığının “Ayıp” Teşkil Edip Edemeyeceği Sorunu

Bu çalışma bakımından değerlendirilmesi önem arz eden sorunlardan ilki, özel öğretim kurumları ile özel yatılı okullar tarafından verilen hizmetler esnasında öğrenciler arasında gerçekleşmesi olası zorbalık eylemlerine yönelik gerekli tedbirleri almamış olmanın, özel öğretim kurumları tarafından sunulan hizmeti ayıplı hâle getirip getirmeyeceğinin belirlenmesidir. TKHK m. 13/II'ye göre “... yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddî, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır.” Şu hâlde, özel okul ve özel yatılı okul sözleşmelerinde tüketicinin makul beklentisinin ne olduğu belirlenmelidir. Doktrinde vurgulandığı üzere her somut olaydaki makul beklenti, hem taraflar arasındaki sözleşmede taahhüt edilen özel şartlar, örneğin sözleşmede öğrenci/veli tarafından ödenmesi gereken ücret hem de bu hizmet bakımından benzer sözleşmelerde aranan objektif özellikler dikkate alınarak belirlenir. Esasen, makul beklenti TMK m. 2'ye uygun şekilde ortalama bir tüketicinin bu hizmetten beklentisini ifade eder. Hem objektif olarak taşıması gereken nitelikleri hem de özel olarak sözleşmede taahhüt edilen nitelikleri taşımayan hizmetler,

<sup>77</sup> Nitekim borçlar özel hukukuna ilişkin genel eserlerde yatılı okul sözleşmesi kombine sözleşmeye örnek olarak verilmektedir (Cevdet Yavuz/Faruk Acar/ Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Beta yayıncılık, 2011, s. 12; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2012, s. 54; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 875).

<sup>78</sup> Bkz. benzer yönde Tiftik, s. 32 ve 126 vd.; Çabri, s. 206.

tüketicinin makul beklentisini karşılamaz ve hizmetin TKHK m. 13 hükmüne göre ayıplı hâle gelmesine sebep olur. Hükümde ayıbın önemli olması açıkça aranmamaktaysa da, doktrinde katıldığımız görüşe göre Türk Borçlar Kanunu m. 219'dan hareketle ayıp her durumda önemli (esaslı) olmalıdır<sup>79</sup>. Dolayısıyla tüketici işlemlerinde de “*ayıbın esaslı olması gereği aranmalı*” ve sadece özel okul veya özel yatılı okul sözleşmesinin verdiği hizmetten beklenen faydanın azalması veya ortadan kalkması “*önemli*” olduğunda, eğitim hizmetinin akran zorbalığı dolayısıyla ayıplı olduğu sonucuna varılarak sağlayıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurulabilmelidir<sup>80</sup>.

Bununla birlikte özel okulun öğrencilerine eğitim-öğretim, ulaşım, yemek ve barınma hizmetlerini vermesi esnasında öğrenciler arasında yaşanan akran zorbalığı eylemlerini önleyememesi ve öğrencilerin bu tür şikâyetlerini önemsemeyerek göz ardı etmesi hâlinde, verilen hizmetin mağdur öğrenciler bakımından bu sözleşmeden makul olarak bekledikleri faydayı azaltacağı veya ortadan kaldıracağı sonucuna varılmalıdır. Ancak bunun için öğrencinin zorbalığa tek bir defa maruz kalması yetmemeli; ancak öğrencinin okulda tekrarlanan şekilde akran zorbalığına maruz kalması durumunda bunun hizmette bir ayıp teşkil ettiği ve öğrencinin bu sözleşmeden doğan hizmet alacağından beklenen faydanın azaldığı veya ortadan kalktığı sonucuna varılmalıdır. Özellikle okul idaresinin kayıtsızlığı sebebiyle somut olayın şartları çerçevesinde devam edeceği öngörülen zorbalık eylemleri söz konusuysa, zorbalığa uğrayan öğrencilerin, böyle bir özel öğretim kurumundan, sözleşme süreleri sona ermeden önce bu olayları haklı sebep olarak göstererek ayrılmaları mümkün olmalıdır<sup>81</sup>. Kanaatimizce bu hâlde Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği<sup>82</sup> m. 56 hükmüne göre özel okul tarafından yapılabileceği öngörülen ücret kesintisi de yapılamaz. Zira esasen bu düzenleme öğrencinin eğitim kurumundan haklı sebep olmaksızın kendi isteği ile ayrılması hâli için getirilmiş bir düzenlemedir<sup>83</sup>. Oysa bu hâlde,

<sup>79</sup> Aksi görüşte bkz. Aydoğdu / Kahveci, s. 262-263.

<sup>80</sup> Akıncı, s. 96.

<sup>81</sup> Pek tabî özel okulun kendisi de, diğer öğrencilere karşı sürekli zorbalık eylemlerinde bulunup eğitim ve öğretim faaliyetlerine zarar veren zorba öğrencilerini okul disiplinine uyulmadığından uyarıp disiplin cezası uygulayabileceği gibi son çare olarak zorba öğrencinin okul sözleşmesini bu şikâyetlere dayanarak haklı sebeple ileriye etkili olarak sona erdirebilmelidir (Bkz. benzer yönde Turanboy, s. 145).

<sup>82</sup> 20.03.2012 tarih ve 28239 sayılı Resmi Gazete. İlgili hükme göre “*özel öğretim kurumlarına kaydolun öğrencilerden öğrenim ücretini yıllık olarak belirleyen okul öncesi eğitim kurumu, ilkökul, ortaokul, özel eğitim okulu, ortaöğretim okullarında öğretim yılı başlamadan, sınavla öğrenci alan resmî okulların 9 uncu sınıflarına kayıt yaptırdığını belgelendirenler hariç, okuldun ayrılanlara yıllık ücretin yüzde onu dışındaki kısmı iade edilir. Öğretim yılı başladıktan sonra ayrılanlara yıllık ücretin yüzde onu ile öğrenim gördüğü günlere göre hesaplanan miktarın dışındaki kısmı iade edilir.*”

<sup>83</sup> Covid 19 pandemisi sebebiyle Millî Eğitim Bakanlığının aldığı bağlayıcı kararlar doğrultusunda uzaktan eğitime geçilmesi sebebiyle özel eğitim kurumlarından ayrılan öğrencilerin eğitim ücreti bakımından benzer yönde bkz. Akıncı s. 98.

eğitim hizmeti öğrencinin makul beklentisini karşılamadığı için, diğer bir deyişle hizmet ayıplı olduğu için, öğrenci eğitim-öğretim kurumundan ayrılmaktadır. Diğer bir deyişle eğitim hizmeti alan öğrenci ayıplı hizmet dolayısıyla TKHK m. 15/I çerçevesinde sahip olduğu “sözleşmeden dönme” hakkını kullanmaktadır. Ancak özel okul sözleşmesi sürekli edim içeren bir sözleşme olduğundan, kanaatimizce burada öğrencinin ayıp sebebiyle dönme beyanı “fesih” olarak değerlendirilmelidir. Ancak feshin, fesih beyanından itibaren ileriye etkili olacak şekilde değil, doktrinde de haklı olarak savunulduğu üzere<sup>84</sup> hizmetin ayıplı olarak verilmeye başlandığı ana kadar geriye etkili olacağı kabul edilmelidir. Bu sebeple örneğin bir yıllık bir özel okul sözleşmesinden doğan eğitim borcunun ifasının altı ay gereği gibi ifa edildiği ve son bir ayının akran zorbalığı sebebiyle ayıplı olduğu tespit edildiğinde, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme beyanı sadece bir ay geriye etkili olmalıdır. Böylece özel okulun sadece son ayın bedelini iade etmekle yükümlü olduğu sonucuna varılmalıdır.

## 2. Akran Zorbalığından Özel Okulun Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı Sorunu

Özel okullardaki akran zorbalığı vakıaları özel hukuk açısından değerlendirildiğinde, bu tür eylemlerden özel okulun kendisinin sorumlu tutulup tutulamayacağı, tutulabilecekse hangi sorumluluk esasına dayanarak sorumlu tutulmasının mümkün olduğu belirlenmelidir. Kanaatimizce özel okul sözleşmesinin taraflarından biri olan özel okul, bu sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğü olan eğitim-öğretim hizmetinin karşı tarafın makul beklentisine uygun şekilde, diğer bir deyişle “ayıpsız” olarak yerine getirilmesinden bizzat sorumlu olan taraftır. Özel okul, bir yandan öğrencilerine objektif olarak taşıması gereken ve sözleşmede vaad edilen niteliklere uygun bir eğitim-öğretim hizmeti (asli edim yükümlülüğü) vermelidir. Diğer yandan sözleşmede açıkça öngörülmemiş olsa bile, servis hizmeti sunması durumunda öğrenciler servisle okula gidip gelirken ve eğitim hizmetiyle ilişkili olarak okul içinde ve çevresinde buldukları esnada öğrencilerin kişi ve mal varlığı değerlerini diğer öğrenciler ile üçüncü kişiler kaynaklı ve öngörülebilir her türlü tehlikeye karşı da korumalıdır (koruyucu yan yükümlülükler). Koruyucu yükümlülükler (yan yükümler) aykırı davranan özel okul ise, akran zorbalığı eylemlerinden zarar gören öğrencisinin uğradığı kişi ve mal varlığı zararlarından borca aykırılık hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır<sup>85</sup>.

Özel okullarda eğitim hizmetinde görevli olan öğretmen ve diğer çalışanlar ise, özel okulun TBK m. 116 çerçevesinde ifa yardımcısı niteliğini haizdir. Öğretmen ve diğer okul çalışanları, özel okuldan hizmet alan tüm öğrencilere karşı meslek kurallarına, yasal

<sup>84</sup> Aydoğdu/Kahveci, s. 317; M. Murat İnceoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, (Ed. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 213-214.

<sup>85</sup> Benzer yönde bkz. Karauz/Çokkaş, s. 49, 62-63.

düzenlemelere ve özel okula karşı üstlendiği borca bağlı kalarak hizmet vermekle yükümlüdürler. Öğretmenler ve diğer çalışanlar bu borçlarını yerine getirirken tüm öğrencilere eşit ve özenli davranmalı, diğer bir deyişle yükümlülüklerini dürüstlük kuralına uygun şekilde yerine getirmelidirler. Özel okulda görevli öğretmenler ve diğer çalışanların akran zorbalığıyla ilgili olarak öğrencilerin kendilerine yaptıkları başvuruları/şikâyetleri önemsememesi, hem öğretmenlerin meslek kurallarına hem de özel okula karşı üstlendikleri yükümlülüğe aykırıdır. Zira öğretmenlik uzmanlık gerektiren bir faaliyet olup öğretmenler mesleklerini ancak kanunla veya yetkili makamlar tarafından verilen izin ile yürütebilmektedirler. Özel okullar, sözleşmeden doğan eğitim-öğretim hizmeti verme borcunu yanında çalışan öğretmenlerine kanuna uygun surette bırakmaktadırlar. Ancak özel okullar, onların bu görevlerini yaptıkları sırada sözleşmenin diğer tarafına veya sözleşmeden yararlanan üçüncü kişi konumundaki çocuğa (öğrenciye) verdikleri zararı borca aykırılık hükümlerine dayanarak gidermekle de yükümlüdürler (TBK m. 116/I). Ayrıca eğitim hizmeti yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiğinden, özel okullar ne kendi ne de yardımcı kişilerinin hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacaklarına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapamazlar (TBK m. 115/III, 116/III).

Özel okulların akran zorbalığından sorumluluğu hususunda son olarak, özel okulların sözleşme dışı sorumluluk hükümleri arasındaki TMK m. 369'da yer alan ev başkanının sorumluluğu hükümlerine dayanarak sorumlu tutulup tutulamayacağı da değerlendirilmelidir. Nitekim doktrinde açıkça ifade edildiği üzere, özel hukuk tüzel kişilerinin sözleşmeye göre ev başkanı sıfatını haiz olmaları mümkündür (TMK m. 367). Gerçekten de bir özel hukuk tüzel kişisinin yatılı okul işletmesi hâlinde durum böyledir<sup>86</sup>. Hatta bir özel yatılı okulu adi ortaklık şeklinde işleten iki veya daha çok ortak bulunması durumunda, aynı kurumda birden fazla ev başkanı bulunabileceği ve adi ortaklık ortaklarının müşterek ev başkanı sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulabilecekleri sonucuna varılmaktadır<sup>87</sup>. Kanaatimizce özellikle özel yatılı okullarda bir öğrenci diğerine akran zorbalığı eylemleriyle zarar verdiğinde, özel yatılı okulun, borca aykırılık yanında, ev başkanı sıfatıyla sorumluluğu doğar. Yatılı okullarda eğitim öğrenim gören öğrenciler arasındaki uyuşmazlıklarda, ev başkanlığı görevinin okul

<sup>86</sup> Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1981, s. 146; Öztan, s. 1221; Emine Koçano Rodoslu, "Ev Başkanının Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (4), 2014, <<https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/42395/510672>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 886.

<sup>87</sup> Ev başkanı, ev başkanı sıfatından doğan özen görevini bir başkasına devrettiğinde yardımcı kişi ne ev başkanı sayılabilir ne de ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulabilir (Bkz. Tandoğan, s. 146). Türk hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu hükmü (TBK m. 66) bakımından benzer yönde bkz. Ayşe Nur Kılınç, *Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2018, s. 301-303.



idaresine geçtiği hem doktrinde<sup>88</sup> hem yargı kararlarında tartışmasız kabul edilmektedir<sup>89</sup>.

Yatılı olmayan okullar bakımından ise, Yargıtay okuldaki eğitim saatleri içinde ev başkanı ana baba ile çocuk arasındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiğini ve dolayısıyla çocuğun öğrenciliği süresince öğrencilik sıfatıyla tamamen okul idaresinin gözetimi altına girdiğini ve ona bağımlı hâle geldiğini belirlemektedir. Nitekim TMK m. 367'nin "*aile hâlinde yaşayan*" ifadesine rağmen, doktrinde de ev başkanlığı otoritesi altında yaşıyor sayılmak için ev başkanı ile onun otoritesine tâbi olanların bir çatı altında aynı yerde oturmalarının şart olmadığı<sup>90</sup> ve zarar veren küçüğün yatılı okul olmasa dahi gündüz eğitim aldığı okulda bulunduğu sürece bir aile olan okul birliğine, okuldan çıkıp evine gittikten sonra ise kendi ana babasının ev başkanlığına tâbi olacağı ifade edilmiştir<sup>91</sup>. Diğer taraftan Yargıtay'ın yatılı olmayan okullara ilişkin verdiği kararında, Kanun'un ev başkanına yüklediği "*gözetim altında bulundurma*" görevinin, sadece ev başkanı ile çocuk arasındaki bağımlılık ilişkisinin söz konusu olduğu zamanlardaki eylemlerle sınırlı olmadığı da vurgulanmıştır. Karara göre ana babanın ev başkanlığı çocuğun okulda bulunduğu esnada fiilen kesintiye uğramakla birlikte, çocuğun eğitim sürecinde ev başkanı sıfatıyla kendisine düşen görevleri tam olarak yerine getirmeyi de kapsar. Somut olayda ev başkanı ana babanın bu görevleri yerine getirmekte bir özensizliği varsa, çocukla aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği anlarda bile, çocuğun başkalarına verdiği zarardan ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulması mümkündür<sup>92</sup>. Bu durum

<sup>88</sup> Örneğin yatılı okulda kalan çocuklar, hafta sonlarında ailesinin yanına gitmekte ise ana babalarının otoritesine tâbi olurken, hafta içi ise bu çocuğun ev başkanı okul müdürü olur (Koçano Rodoslu, s. 887).

<sup>89</sup> Yargıtay 4. HD., E. 2003/4678 K. 2003/10280 T. 18.09.2003 kararı (Bkz. Karauz/Çokkaş, s. 57-58, dn.63).

<sup>90</sup> Bkz. Mehmet Ünal "Karar Tahlili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36(1), <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42717/515460>>, 1979, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 301; Koçano Rodoslu, s. 884). Nitekim bir kişinin aynı dönemde farklı zamanlarda iki farklı ev başkanına tâbi olabileceği değerlendirilmiştir. Bu yaklaşıma göre bir çırak çalışma saatlerinde yanında çalıştığı kişinin, akşamları ise evde ana babasının ev başkanlığına tâbi olur (Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1819; Koçano Rodoslu, s. 887; Öztan, s. 1222).

<sup>91</sup> Ünal, Karar, s. 301-302. Benzer yönde bkz. Öztan, s. 1222.

<sup>92</sup> Kararda "*eğitimin doğumla birlikte aile içerisinde başlayan, belli bir yaştan sonra ilgili eğitim kurumlarının da katkısıyla süren ve ölümle sonlanan bir süreç olduğu; kişiliğin büyük ölçüde bireyin okul öncesi döneminde, aile içerisinde geçen 06 yaş arasında oluştuğu; kişiliğin bu dönemde bulunduğu aile ortamında kendisine model oluşturan yetişkinlerin davranışlarını taklit ettiği, belli durumlarda hangi davranışı benimseyeceği konusundaki telkinlere de tamamen açık bulunduğu, en önemlisi de, günlük yaşam içerisinde tanık olduğu gerçek uygulamaları büyük ölçüde birebir benimsediği, kendisi şiddete maruz kalan çocukların, başkalarına aynı davranışları yansıtmaya eğiliminde olabildiği*" vurgulanmış ve "*davalının ev başkanı sıfatıyla küçüğü gözetim altında bulundurma görevini yerine getirmede herhangi bir kusuru bulunup bulunmadığının saptanması; bunun için de aile ortamının özellikleri, yetiştirme ilkeleri, küçüğe aile içerisinde gereken ilgi ve özenin gösterilmiş olup olmadığı, saldırgan davranışlara özendirici tutumlara maruz bırakılıp bırakılmadığı, başkalarına zarar verme olasılığı bulunan davranışlar konusunda kendisine gerekli, yeterli eğitimin verilip verilmediği ve somut olay bakımından sonuca etkili olabilecek benzeri yönlerden gerekli araştırma ve incelemenin yapılması; bu konuda çocuk gelişimi ve eğitimi konusunda zamanlığı bulunan bilirkişiden veya bilirkişi kurulundan da görüş alınması; bu yolla, somut olayda küçüğün zarar verici eylemde bulunmasında davalıya yüklenebilecek bir kusur bulunup bulunmadığının belirlenmesi; kusurun varlığının saptanması halinde, bu kusur ile doğmuş olan zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağı olup olmadığının, eğer bu bağ varsa, söz konusu kusurun, zararlı*

ana babanın çocuğu saldırgan davranışlara özendirici tutumlar takındığı, çocuğun başkalarına zarar vermesini teşvik ettiği, başkalarına zarar verme olasılığı bulunan davranışlar konusunda çocuğa gerekli ve yeterli eğitimi vermediği hâllerde söz konusu olur.

Bu başlık altında vurgulanması gereken son husus ise, ev başkanının sorumluluğunun bir haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olduğudur. Bu sebeple zarar gören öğrencinin ev başkanı sıfatını haiz özel okul işletmesine açtığı davadaki haksız fiile dayanan talepleri TBK m. 72'deki iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbi olur<sup>93</sup>. Bununla birlikte akran zorbalığı vakıalarında, ev başkanı sıfatını haiz özel yatılı okul/özel okul ile zarar gören öğrenci arasında aynı zamanda özel yatılı okul/özel okul sözleşmesinden doğan borç ilişkisi de ihlâl edilmiş olur. Bu hâlde, taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin özel hükümler veya borca aykırılığa ilişkin TBK m. 112 vd. ile haksız fiil sorumluluğu niteliğindeki TMK m. 369 hükmü yarışır. Sebeplerin yarışması hâlinde ise, zarar gören aksini talep etmedikçe, hâkim zarar gören bakımından daha elverişli olduğundan borca aykırılık hükümlerine dayanmalıdır (TBK m. 60)<sup>94</sup>.

## **B. Devlet Okullarının Akran Zorbalığından Sorumluluğu**

Devlet okullarının okullarda karşılaşılan akran zorbalığıyla ilgili hangi esasa dayanarak sorumlu tutulabileceğinin belirlenebilmesi için, öncelikle devlet okulları ile bu okullardan eğitim hizmeti alan öğrenciler arasındaki kurulan hukuki ilişkinin nitelendirilmesi gerekir. Bu ilişki, özel hukuk hükümlerine tâbi bir sözleşme ilişkisi değildir; kurulması ve işleyişi kanunla düzenlenen bir kamu hizmeti ilişkisidir. Zira burada taraflar arasında idare hukuku kurallarına tâbi bir hizmet sunumu söz konusu olur. İdare, öğrenciye eğitim hizmeti sunmaktadır. Öğrenci ise, eğitim hizmetinden yararlanan konumundadır<sup>95</sup>.

Esasen kamu hizmetinde meydana gelen aksaklıklar, idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve idare hukuku kuralları çerçevesinde idari sorumluluk doğurur. Anayasa m. 10

---

*sonucun doğmasında hangi oranda etkili olduğunun belirlenmesi, ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde, tarafların sosyo-ekonomik durumları da gözetilerek bir karar verilmesi” gerektiği değerlendirilmiştir (Bkz. Yargıtay HGK. E. 2004/4-642E. ve K. 2004/648 T. 8.12.2004). Doktrinde ise velinin velâyetle ilgili görevini yerine getirirken üçüncü kişilere zarar vermesi hâlinde zarar görenlerin genel hükümler çerçevesinde (TBK m. 49 vd.) tazminat isteyebileceği belirtilmektedir (Mehmet Ünal, “Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 25).*

<sup>93</sup> Bkz. Mustafa Dural / Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022, prg. 1864.

<sup>94</sup> Bu madde ile Türk sorumluluk hukukunda “yarışma ilkesi” açıkça kabul edilmiştir. Zarar gören bakımından genelde sözleşme hükümlerine dayanması kendi yararınadır (Fikret Eren/Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C. II m. 49-82*, Yetkin Yayınları, C. II, m. 60, prg. 2-4).

<sup>95</sup> Bkz. Tiftik, s. 27; Turanboy, s. 47. Nitekim kamu ve özel okul ayrımı, eğitim-öğretim faaliyetinin kamu okullarında devlet tarafından, özel okullar da ise, gerçek veya tüzel kişiler ya da bir ticaret ortaklığı tarafından yürütülmesine dayanır (Turanboy, s. 39-40).

gereği, idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Yine m. 125 gereği idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Okullarda görev yapan öğretmenlerin ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Şu hâlde bir öğrenci, devlet okulundaki akran zorbalığından dolayı zarara uğramış ise, kamu hizmeti niteliğindeki eğitim hizmetine ilişkin idarenin kusurundan kaynaklanan bir zarara uğramış olacağından bunu idari yargıda talep edebilir<sup>96</sup>. İdare ise, zarar görene ödediği tazminatı, somut olayda yetkisini kötüye kullanan bir öğretmen veya diğer kamu görevlisi varsa ona rücu eder (Anayasa m. 129/V). Yine akran zorbalığından zarar gören mağdur çocuk, zararını TBK m. 49 gereği doğrudan kusur ehliyetine (ayırt etme gücüne) sahip olan zorba çocuktan doğrudan da talep edebilir. Elbette zorba çocuğun tâbi olduğu ev düzenindeki ev başkanı sıfatını haiz kişilerden de TMK m. 369 hükümleri çerçevesinde uğradığı zararın tazmini talep edilebilir. Ancak her hâlde idarenin eğitim hizmetini akran zorbalığından arınmış şekilde örgütlememiş olmasından kaynaklı sorumluluğu da devam eder.

Esasen Türkiye’de okulda akran zorbalığı sorunu Milli Eğitim Bakanlığı’nın yıllardır gündemindedir. Buna ilişkin olarak 2006/26 sayılı genelgede Bakanlığa intikal eden bilgilerden, görsel ve yazılı medyada yer alan haberlerden özellikle okullarda şiddet, saldırganlık, zorbalık gibi olayların arttığı gözlemlendiği ve öğrencilerin güven içinde eğitime devam edebilmeleri için koruyucu ve önleyici çalışmaların önem kazandığını vurgulanmıştır<sup>97</sup>. Akran zorbalığına maruz kalıp zarara uğrayan mağdur öğrenci zararını sadece idareden talep etmiş ise, idare ödediği tazminatı kusuru oranında öğrenciye ve çocuğun ev başkanı sıfatını haiz ana babasına rücu edebilir. Bu durumda kanaatimizce idareye karşı açılan tazminat davasının zorbaya ve zorbanın tabî olduğu ev düzeninde ev başkanı sıfatını

<sup>96</sup> İlk ve orta dereceli devlet okullarında öğrencilerin birbirlerine verdikleri zarardan idarenin sorumluluğu hakkında bkz. Karauz/Çokkaş, s. 41-48.

<sup>97</sup> Bu genelge ile Milli Eğitim Bakanlığı içinde eğitim-öğretim daireleri ve ilgili destek birimlerinin katılımıyla sekreteryaya hizmetleri Özel Eğitim Rehberlik ve Danışma Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmek üzere bir üst kurul oluşturulacağı, Kurul’un her yıl temmuz ayında toplanarak; Bakanlık merkez birimleri arasında eş güdümü ve merkezi eylem planını hazırlayarak, kamu, özel kurum ve kuruluşlar, görsel ve yazılı medya ile işbirliği ve eşgüdümü sağlayarak okullarda şiddete karşı çalışmalarda kullanılacak dokümantasyonu hazırlayıp dağıtımını sağlayacağı, rehberlik ve psikolojik danışma hizmetlerine ilişkin web tabanlı analiz çalışmalarını planlayacağı, personel için gerekli hizmetiçi eğitim faaliyetlerini düzenleyeceği, yapılan çalışmaları değerlendirip izleyerek sonuçlarını ilgili kurum ve kuruluşlara ulaştıracağı düzenlenmiştir. Merkezi düzeyde yapılacak bu çalışmalar doğrultusunda; okulda şiddet, saldırganlık, zorbalık ve diğer risk faktörlerini önleme ve müdahale hizmetleriyle ilgili olarak belirtilen görev ve sorumluluklar Valilik koordinasyonu sağlanarak yerine getirileceği öngörülmüş ve genelge ekine “Okul Temel Önleme Eylem Planı (Saldırganlık, Şiddet, Zorbalık, Okul Temelli Önleme Çalışmaları Bileşenleri)” konulmuştur (Milli Eğitim Bakanlığı’nın 24.03.2006’da yürürlüğe giren “Okullarda şiddetin önlenmesi” konulu ve 2006/26 sayılı genelgesine Lexpera üzerinden erişilmiştir).

haiz kişilere de ihbar edilmesi gerekir<sup>98</sup>.

Son olarak Devlete veya diğer kamu tüzel kişilerine bağlı işletilen yatılı okullarda eğitim gören öğrenciler ile kamu tüzel kişileri arasında ev başkanlığı hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı da değerlendirilmelidir. Zira doktrinde ev başkanlığının kamu hukukundan da kaynaklanabileceği, özellikle yatılı devlet okulu öğrencilerinin, okulun yatılı kısmından da sorumlu olan okul müdürünün ev başkanlığına kanun gereği tâbi olacakları sonucuna varılmaktadır (TMK m. 367/I)<sup>99</sup>. Ancak bu hâlde öğrenci ile idare arasındaki ilişki özel hukuk hükümlerine tâbi olmayıp kamu hukuku hükümlerine tâbidir. Bu sebeple yatılı devlet okullarındaki öğrenci yurtlarında kalıp aile hâlinde yaşayan öğrencilerin diğer öğrencilerin kendilerine uyguladığı zorbalık eylemlerinden zarar görmeleri durumunda, okul müdürünün TMK m. 369'a dayanarak değil; ancak idarenin hizmet kusurundan sorumluluğunun ortaya çıkabileceği düşüncesindeyiz<sup>100</sup>. Bununla birlikte çok istisnai hâllerde devlette de olsa okul idaresinin şartları gerçekleştiği takdirde TBK m. 49'dan doğan sorumluluğunun gündeme gelebileceğine işaret edilmelidir.

### **C. Zorba Çocuğun Kendi Eylemlerinden Haksız Fiil Sorumluluğu**

Akran zorbalığı vakıalarında, zorba öğrenci ve yardımcılarının sürekli ve sistemli bir şekilde mağdur öğrenciye karşı gerçekleştirdikleri eylemlerden bizzat sorumlu tutulup tutulamayacakları da değerlendirilmelidir. Bu soruya yanıt verebilmek için öncelikle Türk hukukunda velâyet/vesayet altındaki küçüğün haksız fiil ehliyetine sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Somut olayda zorba ve yardımcılarının ayırt etme gücüne sahip olmaları hâlinde, kusur ehliyetleri de bulunacağından, TMK m. 16/II ve 343/I'den hareketle Türk Borçlar Kanunu m. 49 hükmüne göre sorumlu tutulmaları mümkündür. Bununla birlikte somut olaydaki eylemleri gerçekleştiren çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda, gerçekleştirdiği eylemlerden ancak TBK m. 65 uyarınca sorumlu tutulması mümkün olur<sup>101</sup>. Her iki hâlde de çocuk, ana ve babanın çocuk malları üzerindeki haklarına

<sup>98</sup> Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Karauz/Çokkaş, s. 65-68. Danıştay ise, çocuğun okulda diğer öğrencilere verdiği zarardan ev başkanı sıfatını haiz ana babanın ayrıca sorumlu tutulabileceği hâllerde, bunu ana babanın "müterafik kusuru" olarak gördüğünden, idarenin sorumluluğunun bu ölçüde azalacağı düşüncesindedir. Bununla birlikte bu değerlendirme, idare ve üçüncü kişi arasındaki kusur paylaşımını ve sorumluluk derecesini belirlemede hangi yargı yolunun yetkili ve görevli olduğu hususunda belirsizlik olduğu ve bu durumda zarar görenin zararını tam olarak tazmin edemeyebileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir (Bkz. Karauz/Çokkaş, s. 45-46).

<sup>99</sup> Öztan, s. 1223.

<sup>100</sup> Bkz. benzer yönde Tandoğan, s. 146.

<sup>101</sup> Bkz. Karauz/Çokkaş, s. 49, 61. Bu hâlde özellikle zarar veren ile zarar gören çocuğun ekonomik durumu önem arz eder. Hâkim, tarafların hükmün verileceği andaki ekonomik gücünü dikkate alarak karar vermelidir (Eren/Dönmez, C.II, m. 65, prg. 7-8). Tacizin özel hukuk alanında ise, haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi ve tazminata konu edilmesi teorik olarak mümkün görünmektedir (Karan, s. 312).

bakılmaksızın, bu borçlarından kendi malvarlığıyla sorumlu olur (TMK m. 343/II).

Esasen üç yaşındaki bir çocuğun akranlarıyla oyun oynarken basit şiddet eylemlerinde bulunması, bu yaşta olağan görülebilecek oldukça tipik bir davranışken, benzeri davranışları bir lise öğrencisinin akranlarına kasti ve süreklilik sağlar şekilde sergilemesi “*okulda akran zorbalığı*” sorununa işaret etmektedir<sup>102</sup>. Dolayısıyla akran zorbalığının bir hukukî sorun olarak nitelendirilmesinde, zorbalık eylemlerini gerçekleştiren çocuğun/çocukların ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları önemli bir kriterdir. Türk hukukunda ayırt etme gücü nisbî (göreceli) bir kavram olup, haksız fiil ehliyeti ayırt etme gücünün varlığına bağlıdır. Nisbîlik; kural olarak Türk hukukunda ayırt etme gücü bakımından sabit bir yaş sınırının bulunmadığını, zorbanın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını her somut olayın koşullarına göre (çocuğun gelişimi ve yapılan zorbalık eyleminin türüne göre) değerlendirilmesi gerektiğini ifade eder<sup>103</sup>. Çocuk hukuku doktrininde ise, çocukların genelde 7-10 yaş arasında ayırt etme gücünü kazanacakları ve ayırt etme gücüne sahip oldukları andan itibaren de TMK m. 16/II'ye dayanarak haksız fiillerinden sorumlu tutulmaları gerektiği vurgulanmaktadır<sup>104</sup>. Ancak okullarda akran zorbalığı sorununda ayırt etme gücüne sahip olsalar da “*zorba ve yardımcılarının*” da nihayetinde bir “*çocuk*” olduğu gözden uzak tutulmalıdır. Dolayısıyla kanaatimizce çocuğun kendisinin akran zorbalığı olarak nitelendirilebilecek eylemlerden bizzat sorumlu tutulabilmesi için en azından 10 yaşını doldurmuş olması aranmalıdır. Bu yaklaşım, çocuk hukuku perspektifine de uygun düşer. Zira çocuk hukuku doktrininde çok küçük yaştaki çocuklara ömür boyu altından kalkamayacakları bir ekonomik yük yüklenmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir<sup>105</sup>.

Bu başlık altında mutlaka üzerinde durulması gereken son husus ise, okullarda akran zorbalığı eylemlerinden zarar gören (kurban) çocuğun, zorba ve yardımcılarına (sadırğanlara) karşı TMK m. 25 kapsamında yer alan davalardan yararlanıp yararlanamayacağı hususudur. Kanaatimizce akran zorbalığı eylemlerinin hukuka aykırı olduğu ve zarar gören çocuğun

<sup>102</sup> Jenkins ve arkadaşları, s. 199.

<sup>103</sup> Bu yönde bkz. Karauz/Çokkaş, s. 48 dn. 26. Ayırt etme gücünün nispiyeti ve sonuçları hakkında bkz. İhsan Erdoğan / A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri –Kişiler Hukuku)*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020, s. 240; Cem Baygın / Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri- I (Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku)*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 377.

<sup>104</sup> Serozan, s. 13.

<sup>105</sup> Benzer yönde bkz. Serozan, s. 289. Bu çalışmada vurgulanmak istenen ise, çocuğun 10 yaşını doldurmadığı hâllerde, akran zorbalığından sorumlu tutulabilecek ayırt etme gücüne sahip olmadığını kural olarak kabul edilmesi gerektiği hususudur. Ancak somut olayda aksi bir değerlendirme yapılmasını gerektiren şartlar mevcut ise, örneğin 10 yaşını doldurmamış olsa da bir çocuğun tüm uyarılara rağmen kasten ve tekrarlı şekilde okul arkadaşlarına zorbalık eylemlerinde bulunduğu hâller söz konusu ise farklı sonuca varılması gerekir.

kişilik hakkının ihlalini oluşturduğu konusunda tereddüt dahi edilemez<sup>106</sup>. Dolayısıyla zarar gören çocuğun, ayırt etme gücüne sahip olması hâlinde, tek başına asliye hukuk mahkemesinden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini istemesi mümkündür (TMK m. 25/I)<sup>107</sup>. Akran zorbalığı eylemlerinden zarar gören çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmaması hâlinde ise, çocuğun yasal temsilcisinin anılan davaları açmakla yetkili ve görevli olduğu kabul edilmelidir<sup>108</sup>.

#### D. Zorba Çocuğun Eylemlerinden Ev Başkanının Sorumluluğu

Ev düzeni “bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında birlikte yaşayan kimselerden oluşmuş insan topluluğu<sup>109</sup>” olup, her ev düzeninin en az bir ev başkanı bulunur. Ev başkanı, aile hâlinde yaşayan ev halkının otoritesine tâbi oldukları kişidir<sup>110</sup>. Ev başkanı ile otoritesi altında yaşayan kişiler arasında sözleşme, kanun veya örf kaynaklı hiyerarşik bir ilişki bulunur (TMK m. 367/I). Ergin olmayan çocuk, kural olarak ana babasının velâyeti altındadır (TMK m. 335). Velâyete sahip olmaları şartıyla ana baba, ergin olmayan çocuklarının müşterek (birlikte) ev başkanıdır. Velâyetin eşlerden birine tevdi edildiği hâllerde ise, sadece velâyet sahibi ana baba ev başkanı olur<sup>111</sup>. Ev başkanlığı ilişkisinin kanuna dayandığı hâllerde ev başkanlığı kamu hukukundan da kaynaklanabilir<sup>112</sup>. Dolayısıyla devlet okullarındaki yatılı öğrencilerin ev başkanı, okul müdürüdür<sup>113</sup>. Özel yatılı okul sözleşmelerinde ise, ev düzeni ilişkisi sözleşmeye dayanır<sup>114</sup>. Bununla birlikte ev başkanı sıfatının çok kısa süreli geçici yatılı ilişkilerde değişmediği kabul edilmelidir. Örneğin bir çocuk özel sektöre bağlı ya da kamuya bağlı bir yatılı okula kaydedildiğinde okulda yatılı kaldığı süreç boyunca ana babasının ev başkanlığından çıkar ve yatılı okuldaki ev başkanının

<sup>106</sup> İşyerinde psikolojik tacizin (mobbingin) TMK m. 24 kapsamında kişilik hakkı ihlali oluşturduğu ve zarar görenin saldırganlara karşı m. 25’teki davaları açmaya hakkı olduğu yönünde bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, “Kişilik Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1), 2007, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48130/608726>>, Erişim tarihi: 12 Ağustos 2022, s. 131 vd.

<sup>107</sup> Kişiliğin hukuka aykırı eylemlerle gerçekleşen saldırılara karşı korunması hakkında bkz Erdoğan / Keskin, s. 292 vd.; Baygın/Nar, s. 555 vd.

<sup>108</sup> Bkz. Erdoğan/Keskin, s. 251; Baygın/Nar, s. 408-409.

<sup>109</sup> Akıntürk/Ateş, s. 454.

<sup>110</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1816.

<sup>111</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1822-1824. Gerçekten de ev başkanı, uygulamada çoğunlukla çocuk üzerindeki ortak velâyet hakkına sahip olan ana babadır. Ancak her somut olayda zorba çocuğun tâbi olduğu aile yaşamındaki evi yönetme yetkisinin kime ait olduğu belirlenmelidir. Bu kişi, çocuk açısından örf gereği evde kural koyma yetkisine sahip olan çocuğun üst soy (büyük ana baba) ya da yan soy kan hısımlarından (dayı, amca, teyze, hala) biri olabileceği gibi çocuğun koruyucu ailesi de olabilir (Kılınç, Koruyucu Aile, s. 32-33).

<sup>112</sup> Tandoğan, s. 143; Koçano Rodoslu, s. 885.

<sup>113</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1828.

<sup>114</sup> Tandoğan, s. 142; Akıntürk/Ateş, s. 455; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1829. Bu gibi durumlarda ev başkanı örf (Tandoğan, s. 143) veya sözleşmeye (Ünal, s. 119; Koçano Rodoslu, s. 885) göre belirlenir.

otoritesine tâbi olur. Ancak teyzesine kuzenleriyle oyun oynamaya giden çocuk, bir zarara sebebiyet verdiğinde, zarardan teyzesi değil, ev başkanı sıfatıyla ana babası sorumlu olur<sup>115</sup>.

Uygulamada çoğu zaman çocuğun ev başkanı, velâyet sahibi ana babadır. Ana baba, ayırt etme gücüne sahip olsun olmasın, gözetimi altındaki ergin olmayan çocuğun üçüncü kişilere haksız fiil kapsamında verdiği zarardan sorumlu olur<sup>116</sup>. Ancak ana baba alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle çocuğunu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi böyle bir zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur (TMK m. 369). Bu, toplum içinde yaşama kurallarına uymayı temin eden bir özendir<sup>117</sup>. Bu özenin ölçüsü objektif şekilde belirlenir. Bu sebeple çocuğun verdiği zararın öngörülebilir olduğu hâllerde, ev başkanı mutlaka sorumlu tutulur<sup>118</sup>. Esasen bu hâlde çocuk üzerinde velâyete sahip ana babanın yasal gözetim ve özen yükümünü ihlâl etmesine dayanan ve kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan sebep sorumluluğu vardır<sup>119</sup>. Bu sorumluluk için ne ev başkanının yönetimi altında yaşayan çocuğun ne de ev başkanı sıfatını haiz ana babanın kusuru aranır. Anılan sorumluluk, sadece ev başkanının özen eksikliğine dayanır<sup>120</sup>. Ergin olan çocuk bakımından ise, istisnai olarak kısıtlı olması veya akıl hastalığı veya akıl zayıflığına sahip olması durumunda, somut olayın şartlarına göre tespit edilen ev başkanına sorumluluk yüklenebilir<sup>121</sup>. Ana babaya çocuğun verdiği zararda ayrıca kusur yüklenebilmekteyse, kanaatimizce ana babanın kusuru, ek kusur olarak dikkate alınmalıdır. Böyle bir ihtimalde ana babanın kurtuluş kanıtına dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir<sup>122</sup>.

Ev başkanı ve veli sıfatını haiz ana babanın, dürüstlük kuralı sınırları içinde kalarak ve çocuğun yararı gerektirdiği ölçüde, velâyeti altındaki çocuğun hayatını (uyku ve oyun saatlerini, eve en geç saat kaçta geleceklerini, yemeğin ne zaman yeneceği gibi) düzenleme

<sup>115</sup> Koçano Rodoslu, s. 887. Benzer yönde örnek için bkz. Tandoğan, s. 145.

<sup>116</sup> Ana baba, yönetiminde yaşayan çocuğun hem kusura dayalı haksız fiillerinden (TBK m. 49) hem de TMK m. 452/II'de düzenlenen culpa in contrahendo sorumluluğundan ev başkanı sıfatıyla sorumlu olur (Serozan, s. 290). Ancak ana baba çocuğun yaptığı hükümsüz sözleşmeden kaynaklanan zarardan ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulamaz (Serozan, s. 290-291; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1849).

<sup>117</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1853.

<sup>118</sup> Tandoğan, s. 152; Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1856. Tandoğan'a göre bu sorumluluk kusura dayanmadığından, özenin ölçütü bakımından zararın meydana gelmesinden sonraki (ex post) bakış açısıyla değerlendirme yapılmalıdır (Tandoğan, s. 152).

<sup>119</sup> Tandoğan, s. 139-140; Eren/Dönmez, C.II, TBK m. 49-76'nın Takdimi, prg. 33-36; Serozan, s. 291; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1852; Öztan, 1228-1229; Koçano Rodoslu, s. 882.

<sup>120</sup> Akıntürk/Ateş, s. 456; Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1852; Koçano Rodoslu, s. 882.

<sup>121</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1845.

<sup>122</sup> Tandoğan, s. 141; Koçano Rodoslu, s. 882-883. Kusursuz sorumlulukta ek kusurun rolü hakkında bkz. O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.V/1, 2, 2*. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019, prg. 1307-1312. Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre bu hâlde ana babanın hem TBK m 49'a dayanan hem de TMK m. 369'a dayanan sorumlulukları gündeme gelebilir (Serozan, s. 290).

yetki ve görevi bulunmaktadır<sup>123</sup>. Ana baba, velâyetin gereğini yerine getirirken pek tabî çocuğun olgunluğu ölçüsünde kendi hayatını düzenleyebileceğini kabul etmeli ve önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşünü alıp bunu göz önünde bulundurarak ev düzeninin kurallarını belirlemelidir (TMK m. 339/III). Buna karşılık çocuk da ana babasının sözünü dinlemelidir (TMK m. 339/II). Yine dürüstlük kuralına, kişilik haklarına ve genel ahlâka uygun şekilde belirlenmiş olan ev düzeni kurallarına, ev halkından olan çocuk olgunluğuna ve idrak kabiliyetine uygun şekilde uymalıdır (TMK m. 368/I). Ayırt etme gücüne sahip olup ergin olmayan çocuğun anılan kurallara uymaması hâlinde, velâyet sahibi ana baba velâyete ilişkin kurallara başvurur<sup>124</sup>. Çocuk, elbette öğrenimi, eğitimi, dini inançları, meslek ve sanatı için gerekli özgürlükten yararlandırılmalıdır (TMK m. 368/II). Ancak hem ev başkanı hem de veli sıfatını haiz ana babanın koyduğu kurallara da uymak zorundadır (TMK m. 368/I).

Diğer taraftan ev başkanı ve veli sıfatını haiz de olsa ana baba, gözetime muhtaç dahi olsa, ev halkından olan ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuğu üzerinde sürekli bir denetim yapamaz. Ancak somut olayın şartlarına göre belirlenen bazı tedbirleri aldığı ispat ederek ev başkanının sorumluluğundan kurtulabilir. Örneğin çocuğunu akran zorbalığı ve sonuçları hakkında uyardığını, eğittiğini, bu hususta gerekli olduğu ölçüde uzman yardımına başvurduğunu ve çocuğunun okulda iken diğer arkadaşlarına karşı gerçekleştirebileceği bu tür eylemlerinin neden olabileceği tehlikeler ve bunları nasıl önleyebileceği hususunda dikkatini çekip, talimat verdiğini kanıtlamalıdır<sup>125</sup>.

Buna karşılık ev başkanının tüm uyarı ve ikazlarına rağmen, bilerek ve isteyerek ev düzeni kurallarına uymayan ve özellikle okulda olduğu esnada diğer öğrencilere akran zorbalığı kapsamında eylemlerde bulunan çocuklara karşı, ana babanın çocuğu eğitmek amacıyla da olsa bedensel cezalar uygulaması beklenemez. Zira 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi dönemindeki tedip hakkını düzenleyen m. 267, velâyet sahibi ana babaya zorunlu hâllerde çocuğu cezalandırma ve hatta çocuğa karşı son çare olarak dayak vb. güç kullanmaya kadar farklı ağırlıktaki tedbirlere başvurma imkânı vermekteydi<sup>126</sup>. Ancak anılan hüküm, yürürlükteki Türk Medenî Kanununa bilinçli bir tercih ile alınmamıştır. Kanaatimizce velâyet hakkının içinde hâlen gerekli olduğu ölçüde ana babanın çocuğunu terbiye etme hakkı<sup>127</sup>

<sup>123</sup> Akıntürk/Ateş, s. 455-456.

<sup>124</sup> Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1836-1838.

<sup>125</sup> Bkz. Tandoğan, s. 157.

<sup>126</sup> S. Hülya İmamoğlu, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54 (1), 2004, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42643/514151>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 175.

<sup>127</sup> Çocuğu terbiye yetkisi, esasen çocuğu eğitme hak ve yükümünün bir sonucu ve bütünüdür ve çocuğun ana babanın sözünü dinleme yükümlülüğüne uymamasının bir yaptırımıdır. Yazar çalışmasında burada terbiye



vardır<sup>128</sup>. Ancak ana baba bu hakkını kullanırken, ÇHDBM Sözleşmesi ile garanti altına alınan çocuk yararının önceliği ilkesini<sup>129</sup> ve buna bağlı olarak özellikle çocuk onurunun kırılmaz ve çocukların asla küçük düşürülemez olduğu (m. 16) ilkelerini göz önünde bulundurmalıdır<sup>130</sup>.

Şu hâlde ana baba, velâyeti altındaki çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlamalı ve korumalıdır (TMK m. 340). Ancak ana babanın çocuğun eğitimi için gerekli gördüğü ve çocuğun davranışını doğruya yönlendirmek ve düzeltmek üzere çocuğu terbiye etmeye yönelik başvurduğu yöntemlerin, çocuğun kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerine doğrudan bir müdahale teşkil ettiği de ortadadır. Somut olayda böyle bir müdahale ancak şu hâlde hukuka uygun olur. Ana baba, çocuğun kişilik hakkı kapsamında yer alan bir değerine, ancak bir başkasının hukuken korunması gereken daha üstün bir menfaati, varsa müdahale edebilir<sup>131</sup>. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip velâyet altındaki çocuğun, okul arkadaşları arasında yer alan kurban çocuğa sürekli ve tekrar eder şekilde kasten ve hukuka aykırı şekilde zarar verici eylemlerde bulunması hâlinde, ana baba velâyet yetkisi kapsamındaki terbiye etme hakkına dayanarak ve ölçülülük ilkesine de uygun olmak şartıyla kendi çocuğu hakkında zorunlu, elverişli ve makul tedbirleri almalıdır. Hatta böyle bir durumda ana babanın tedbir alması zorunludur<sup>132</sup>. Bununla birlikte çocuğun bedensel cezalara maruz bırakılması, her hâlde ana babanın çocuğunu terbiye etme yetkisi dışında kalır ve son çare olarak dahi olsa, bu tür tedbirlere başvurulması çocuk hukuku ilkelerine ve çocuk eğitiminde yaşanan çağdaş gelişmelere uygun düşmez. Bu gibi hâller için kanun koyucu TMK m. 347/II'de özel olarak istisnai bir imkân vermiştir<sup>133</sup>. Ana babanın, velâyeti altında olup akranlarına zorbalık yapan çocuğuna bedensel cezalandırma dışında bir yolla baş edemediği istisnaî hâllerde, böyle bir çocuğun aile içinde kalmasının ailenin

---

etme hakkı yerine doğrudan “tedip hakkı” terimini kullanmakta ancak diğer taraftan tedibin bedensel cezalandırma ve diğer sert yaptırımları içeren bir hak olarak anlaşılması durumunda, TMK ile tedip hakkının kaldırılmış olduğu sonucuna varılması gerektiğini vurgulamaktadır. Zira bu yorum, çocuk hukukuna hâkim olan çocuğun yararı ve çocuk güvenliği ilkelerinin de zorunlu sonucudur (İmamoğlu, s. 188-189).

<sup>128</sup> İmamoğlu, s. 165. Nitekim Türk Kanunu Medenisi yürürlükteyken de tedip hakkının velâyetin kapsamında zaten var olduğu vurgulanmakta ve bedensel cezalandırma yetkisi verir şekilde anlaşılan tedip hakkı hükmünün Kanun'dan kaldırılması gerektiği ifade edilmekteydi (Sevgi Usta, “Anne Babanın Tedip Hakkı”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, (8), 1994, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iusiyasal/issue/611/6206>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 18).

<sup>129</sup> Hatta 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde dahi, ana babanın çocuğu tedip hakkının çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alan çocuk güvenliği ilkesi ile sınırlı olduğu ifade edilmekteydi (Usta, s. 16).

<sup>130</sup> İmamoğlu, s. 170-171. Velayet yetkisi ve görevi çocuğun yetiştirilmesi ve menfaatinin korunmasına yönelik olduğundan, velâyet hakkı çocuk yararına kullanılmadığında, hâkim çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır (Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1729).

<sup>131</sup> İmamoğlu, s. 179-181.

<sup>132</sup> Benzer yönde bkz. Usta (2012), s. 133.

<sup>133</sup> Benzer yönde değerlendirme için bkz. Akıntürk/Ateş, s. 415.

huzurunu kendilerinden katlanmaları beklenemeyecek derecede bozduğu kabul edilmelidir. Gerçekten de somut olayda her yol denenmiş ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa artık ana baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim, bu çocuğu ana babadan alarak ıslahı amacıyla bakım ve/veya eğitim kurumuna yerleştirmelidir.

Hatta böyle bir durumda istinaî olarak hâkimin, velâyet altındaki çocuğun, serserilik sebebiyle eğitimi veya ıslahı için koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına dahi karar verebilmesi mümkündür. Nitekim doktrinde velâyet altındaki çocukların Türk hukukunda koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilip verilemeyeceği hususunda bir kanun boşluğu bulunduğu, ancak bu boşluğun mehaz Kanuna (İMK m. 314a) paralel şekilde doldurulması gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>134</sup>.

## SONUÇ

Uluslararası örgütlerin Türkiye'ye ilişkin raporlarında ve son yıllarda yapılan bilimsel çalışmalarda tüm dünyada okullarda çocuklar arasında akran zorbalığı vakıalarına sıkça rastlandığı raporlanmaktadır. Akran zorbalığı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından da bir halk sağlığı sorunu olarak kabul edilmektedir. Bu sorunun okul, aile ve öğrenci işbirliği içerisinde önleyici yöntemlerle önlenemediği hâllerde, temel haklar ve çocuk hakları bağlamında hukukî bir sorun olarak değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde okullarda çocuklar arasında yaşanan bu tür eylemler şiddetini artırarak daha büyük şiddet eylemlerine dönüşme potansiyeline sahiptir<sup>135</sup>.

Bu çalışmada, psikoloji doktrininde yapılan tanımlardan hareketle, akran zorbalığından bahsedebilmek için zorba ve yardımcılarının zorbalığa maruz kalan çocuğa sistemli ve kasıtlı olarak ve özellikle de zaman içinde tekrar eder şekilde şiddet içerikli eylemlerde bulunması gerektiği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla hukukî sorumluluk doğurur nitelikte bir akran zorbalığı vakiasında, kanaatimizce bir çocuğun “zorba veya zorba yardımcısı” olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka “ayırt etme gücüne” sahip olması gerekir. Türk hukukunda çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu hâllerde ise, haksız fiil ehliyeti bulunmaktadır. Ancak ayırt etme gücüne sahip olsalar bile zorba ve yardımcılarının da nihayetinde bir “çocuk” olduğu gözden uzak tutulmamalı ve bu çocuklara ömür boyu altından kalkamayacakları bir yük de yüklenmemelidir. Diğer taraftan okullarda akran zorbalığı vakıalarının önleyici yöntemlerle önlenemediği hâllerde, akran zorbalığı ilişkisinin tarafları ve

---

<sup>134</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 2168; Akıntürk/Ateş, s. 506.

<sup>135</sup> Özellikle okul idarecileri ve öğretmenlerin zorbalık eylemleri karşısında tepkisiz kalması, hem zorbaları hem de zorbalığa tanık olan diğer öğrencileri zorbalık eylemlerine teşvik etme potansiyeli taşımaktadır (Savaşer/Özdiğer, s. 67).

bu ilişkiden sorumlu tutulabilecek hukuk sùjelerinin hangi hâllerde ve hangi sebeplere sorumlu tutulabileceğinin belirlenmesi son derece önemlidir.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında özellikle ABD’de eyalet düzeyindeki birçok yasada okullarda akran zorbalığının tanımlandığı ve zorbalık eylemlerinin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği hâllerde, akran zorbalığına maruz kalan çocukların özel olarak korunduğu görülmektedir. Bu çalışmada tespit edilebildiği kadarıyla, ABD dışında ve özellikle Türk hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde akran zorbalığının özel olarak düzenlenmesine gerek görülmemiştir<sup>136</sup>. Bu durum ise sadece Türk hukukunda okullarda akran zorbalığı vakıalarında başvurulabilecek münferit bir düzenlemenin bulunmadığını göstermektedir. Aslında kanaatimizce bu minvalde bir düzenlemeye de ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira Türk hukukunda bu tür olaylarda da yararlanılabilecek genel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışmada bu hukukî yollardan özel hukuka ilişkin olanlar ortaya konulmaktadır. Kanaatimizce akran zorbalığı eylemlerinin hem faili hem mağduru olan çocuklar bakımından, hâkimin somut olayın şartlarına göre talep üzerine veya re’sen, hem Çocuk Koruma Kanunu hem Türk Medenî Kanunu kapsamında koruyucu ve destekleyici tedbir kararları vermesi mümkündür.

Bunun yanında öncelikle özel okullarda eğitim-öğretim gören öğrencilerin, eğitimle ilişkili olarak fiziksel olarak okul ve civarında buldukları esnada karşılaştıkları akran zorbalığı eylemlerinden doğan zararlarını özel hukuk kapsamında hangi yollarla tazmin ettirebilecekleri de belirlenmektedir. Akran zorbalığından zarar gören öğrencinin zararını, hangi durumda sözleşme hangi durumda sözleşme dışı sorumluluk esasına dayanarak kimden talep edilebileceği, bu çalışma ile açıklığa kavuşturulmaktadır. Böylece Türkiye’de akran zorbalığına ilişkin önleyici tedbirlerin tespit ve teşvik edildiği mevcut doktrine, akran zorbalığının olası özel hukuk sonuçları ortaya konularak katkı sağlanmıştır. Bununla birlikte akran zorbalığının idari ve cezai sorumluluğa konu olup olamayacağı ve zarar görene bu tür sorumluluk alanlarına ilişkin hangi araçlarla koruma sağlanabileceği çalışma konusu kapsamı dışında bırakılmıştır. Sadece ev başkanının sorumluluğunun şartlarının ortaya konulması gerektiği ölçüde, devlet okullarında eğitim gören öğrenciler arasındaki akran zorbalığından idarenin sorumluluğu bahsine kısaca değinilmektedir.

<sup>136</sup> İsviçre’de Ulusal Meclis Üyesi Léonore Porchet’in 24 Eylül 2020 tarihli başvurusuna cevaben okullarda akran zorbalığı hususunda federal düzeyde özel bir yasal düzenlemenin gerekli olmadığı ve okullarda zorbalığa karşı mücadelede kantonların ve okulların rol oynaması gerektiği yönünde karar verilmiştir (Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Macheret / Paquier, s. 34-42).

## KAYNAKÇA

- A global knowledge platform for preventing violence, <<https://apps.who.int/violence-info/>>, Erişim tarihi 11 Nisan 2022.
- Akıncı Ş, “Covid 19’un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı*, 19 (38), 2020/2, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iticusbe/issue/55311/753296>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 62-103.
- Akıntürk T / Ateş D, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 22. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- Akyüz E, *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, 7. Baskı, Pegem Akademi, 2020.
- Alyanak B, “Şiddet ve Çocuk”, *Klinik Tıp Pediatri Dergisi*, 11 (1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ktpd/issue/47815/602685>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 37-43.
- Antalya O G, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.V/1*, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019.
- Aral F / Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2012.
- Arslan Özdiñer, S / Savaşer S, “İnsan Hakları ve Çocuk Hakları Bağlamında Okulda Zorbalık”, *İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi*, 16(61), 2008, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/fnjn/issue/9015/112391>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 65-70.
- Aydoğdu M / Kahveci N, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2021.
- Baygın C / Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri- I (Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku)*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Bingöl B, “Türkiye İçin Bir Eğitim Hukuku Teorisinin Gerekliliği” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/44819/557465>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 25-38.
- Bingöl Schrijer B, “COVID-19 Salgını Süresince Eğitim Hakkı, Fırsat Eşitliği ve Sınavlara İlişkin Temel Problemler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihtm/issue/57316/812448>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 837-884.
- Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usûl Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, <<https://www.unicef.org/turkiye/raporlar/chds-ve-ihtiyari-protokoller-usul-kurallari-ile-cocuk-haklari-komitesi-genel-yorumlari>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022.
- Cornell D / Limber S P, “Law and Policy on the Concept of Bullying at School”, *American Psychologist*, 70 (4), 2015, <<http://dx.doi.org/10.1037/a0038558>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 333-343.
- Çabri S, “Covid-19 Sebebiyle Alınan Önlemlerin Özel Okul Sözleşmelerine Etkisi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (10), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd/issue/65238/1003638>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 203-231.

- Çankaya İ, “İlköğretimde Akran Zorbalığı”, İlköğretimde Akran Zorbalığı”, *Uludağ Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 24 (1), 2011, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/uefad/issue/16693/173508>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 81-92.
- Çetinkaya Büyükbodur A, “İntihar Girişimleri ve Retrospektif Sosyal İnceleme”, *Sosyal Çalışma Dergisi*, 3(1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/scd/issue/46396/554406>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 28-46.
- Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, <<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>>, Erişim tarihi 18 Nisan 2022.
- Demircioğlu H R, “Kişilik Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2007, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48130/608726>>, Erişim tarihi: 12 Ağustos 2022, s. 113-146.
- Dural M / Ögüz T / Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022.
- Đurđević v. Croatia (Başvuru numarası: 52442/09), <<https://ijrcenter.org/2011/08/23/echr-decisions-in-torture-cases-article-3-july-2011/>>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022.
- Erdoğan İ / Keskin A D, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri –Kişiler Hukuku)*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.
- Eren F / Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C. II m. 49-82*, Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.
- Ergül Topçu A, (2018), “Okullarda Akran Zorbalığının Yaygınlığı ve Doğası Üzerine Bir Derleme”, *Kriz Dergisi*, 26(2), (2018), <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/kriz/issue/41895/505251>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 0-0.
- Global Status Report On Preventing Violence Against Children, Geneva, World Health Organization, 2020, <<https://www.unicef.org/media/70731/file/Global-status-report-on-preventing-violence-against-children-2020.pdf>>, Erişim tarihi 10 Nisan 2022.
- Grassinger G E, “*Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)*”, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- İmamoğlu S H, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(1), 2004, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42643/514151>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 165-190.
- İnceoğlu M M, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, (Ed. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 153-238.
- Jenkins L N / Demaray M K / Dorio N B / Eldridge, M, “The Law and Psychology of Bullying: A Comparative Approach”, B. H. Bornstein and M. K. Miller (Eds), *Advances in Psychology and Law*, 2019, <[https://www.researchgate.net/publication/330892943\\_The\\_Law\\_and\\_Psychology\\_of\\_Bullying\\_A\\_Comparative\\_Approach](https://www.researchgate.net/publication/330892943_The_Law_and_Psychology_of_Bullying_A_Comparative_Approach)>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 197-234

(Jenkins ve arkadaşları).

Kapancı K B / Başoğlu B, "Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(1), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/27591/290674>> , Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 347-364.

Kara H / Kaçar M, "Akran Zorbalığı ve Toplumsal Önemi: İki Olgu Sunumu", *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, 22(2), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307901>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 114-118.

Karan U, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Karauz A K / Çokkaş Y, "İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (1), <[dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/51759/634742](https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/51759/634742)>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 37-74.

Kılıç M, "Pandemi Döneminde Dijital Eğitim Teknolojisinin Dönüştürücü Etkisi Bağlamında Eğitim Hakkı ve Eğitim Politikaları", *Yükseköğretim Dergisi*, 11 (1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yuksekogretim/issue/62230/930281>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 25-37.

Kılınç A N, *Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2018.

Kılınç A N, "Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (3), 2020, s. 1217-1261 (Koruyucu Aile).

Koçana Rodoslu E, "Ev Başkanının Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (4), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42395/510672>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 879-899.

Kolburan G, "Şiddet ve Zorbalığı Önleme Modeli Olarak Arabuluculuk Eğitimleri", *Aydın Toplum ve İnsan Dergisi*, 2 (3), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/aitdergi/issue/43372/528344>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 43-57.

Kolstrein A M / Jofré M I T, "Bullying: An Analysis from the Perspective of Human Rights, Target Groups and Interventions", *International Journal of Children's Rights*, 2012, <<https://www.researchgate.net/>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 1-13.

Korkmaz T / Erkin M /Atbaşı Z, "Akran Zorbalığı Kavramının Lisansüstü Tezlerde İncelenmesi", *Turkish Special Education Journal: International*, 3 (1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tseji/issue/61344/902353>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 1-19.

Macheret L / Paquier N, "Le droit suisse face à la loi du préau", *Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher*, Dike Verlag AG, Swisslex veri tabanından erişilmiştir, Erişim tarihi 27 Temmuz 2022, s. 34-42.

Olweus D, "School Bullying: Development and Some Important Challenges", *The Annual Review of Clinical Psychology*, 9, 2013, <[www.annualreviews.org](http://www.annualreviews.org)>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022, s. 751-80 (School Bullying).

Olweus D, "Understanding and Researching Bullying; Some Critical Issues", *The Handbook*

- of Bullying in Schools: An international Perspective*, Shane R. Jimerson, Susan M. Swearer, and Dorothy L. Espelage (Ed), Routledge, 2010, <<https://www.researchgate.net/publication/285012514>>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022, s. 9-33 (Bullying).
- Özdemir H / Ruhi A C, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Öztürk A / Tezel A / Öztürk F. Ö, "Bir Ortaöğretim Kurumunda Akran Zorbalığının Değerlendirilmesi" *Konuralp Medical Journal*, 11, 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ktd/issue/44366/392368>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 82-88.
- Polat F /Sohbet R, "Ortaöğretim Öğrencilerinde Akran Çatışmasına Bakış", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 15 (2), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ksutfd/issue/55775/608921>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 41-51.
- Reyneke M / Jacobs L, "Can Legal Remedy be used to address bullying and cyberbullying in South African Schools?" *Polish Journal of Educational Studies*, 1 (LXXI), 2018, s. 66-80.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku*, İkinci Baskıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Şirin M C, "Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış" *Çocuk ve Medeniyet*, 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/cm/issue/57214/807917>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 219-240.
- Tandoğan H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1981.
- Tiftik M, *Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2005.
- Turanboy K N, *Okul Sözleşmesi*, 2000, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi.
- Türkiye'de Çocuğa Karşı Şiddet Durum Raporu 2017, Işıl Erdemli (Hazırlayan), Ankara Çocuğa Karşı Şiddeti Önlemek için Ortaklık Ağı <<https://www.stgm.org.tr/e-kutuphane/turkiyede-cocuga-karsi-siddet-durum-raporu-2017>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022.
- Türkiye'de Çocuğa Karşı Şiddet Durum Raporu 2020, Emrah Akbaş (Hazırlayan), Ankara Uluslararası Çocuk Merkezi, <<http://www.cocukhaklariizleme.org/storage/app/uploads/public/5fc/746/7d5/5fc7467d5fc0c660761537.pdf>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022.
- UNICEF Türkiye Yıllık Raporu (2019), <<https://www.unicef.org/turkey>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2002.
- Usta S, "Anne Babanın Tedip Hakkı", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, (8), 1994, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iusiyasal/issue/611/6206>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 15-18.
- Usta S, *Çocuk Hakları ve Velayet*, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Ünal M, "Karar Tahlili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36 (1), <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42717/515460>>, 1979, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 295-304 (Karar).

- Ünal M, “*Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Violence against children, <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children>>, Erişim tarihi 10 Nisan 2022.
- Yalaki Z / Taşar M. A, “Ergenlerde çevrimiçi oyun oynama özellikleri akran zorbalığına yol açıyor mu?”, *Ege Tıp Dergisi*, 2019, 58 (4), <<http://egetipdergisi.com.tr/tr/pub/issue/50673/660982>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 336-343.
- Yavuz C / Acar F / Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Beta yayıncılık, 2011.
- Yıldırım R, “Akran Zorbalığı”, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10 (2), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/cbayarsos/issue/4066/53631>>, Erişim tarihi 12 Ağustos 2022, s. 39-51.
- Youth violence, <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/youth-violence>>, Erişim tarihi 10 Nisan 2022.
- Zelayandía González R E, “*Combating Homophobic and Transphobic Bullying in Educational Settings: The Role of Human Rights Law and Positive Obligations*”, Central European University, Department of Legal Studies, Master of Laws in Human Rights, 2007, <[https://www.academia.edu/39898664/Zelayandia\\_Romeo](https://www.academia.edu/39898664/Zelayandia_Romeo)>, Erişim tarihi 15 Ağustos 2022.



# KAZANÇ PAYLAŞMA YASAĞINI İHLALİN SENDİKALAR BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Gökhan TÜRE\*

## ÖZET

*İdeal amaç izleyen tüzel kişiler kategorisinde yer alan sendikalar bakımından kazanç paylaşma yasağı 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda açıkça düzenlenmektedir. Kazanç paylaşma yasağının varlığına rağmen, bir sendikanın bu yasağa aykırı faaliyetlerde bulunması mümkündür. Ancak mevzuatta, bu yasağın ihlaline özgü bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durum kazanç paylaşma yasağını ihlalin hüküm ve sonuçlarının tespit edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu çalışmada kazanç paylaşma yasağının ihlalinin sendikalar bakımından hüküm ve sonuçlarının tespiti amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda öncelikle kazanç paylaşmadan anlaşılması gerekenin ne olduğu ortaya konulduktan sonra bu yasağın, sendikanın amaç unsuruna aykırılık ile kolektif sendika özgürlüğünün güvencesi altında olan üye kazanma faaliyetinin bir sınırı olarak yorumlanmıştır. Netice olarak çalışmada kazanç paylaşma yasağını ihlalin, sendikalar hukukuna, kişiler hukukuna ve sorumluluk hukukuna ilişkin önemli sonuçlarının bulunduğu tespit edilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** sendika, kazanç paylaşma yasağı, kolektif sendika özgürlüğü, sendikal faaliyet, üye kazanma faaliyeti.

## LEGAL CONSEQUENCES OF VIOLATION OF THE PROHIBITION OF DISTRIBUTION OF EARNINGS WITH REGARD TO TRADE UNIONS

### ABSTRACT

*The prohibition of distribution of earnings for trade unions in the category of legal entities pursuing ideal purposes is explicitly provided by the Law on Unions and Collective Agreement No. 6356. Despite the existence of the prohibition of distribution of earnings, it is possible for a union to involve in activities that are contrary to this prohibition. However, any specific sanctions are foreseen in the legislation for the violation of this prohibition. This situation necessitates the determination of the terms and consequences of the violation of the prohibition of distribution of earnings. In this study, it is aimed to determine the terms and consequences of the violation of the prohibition of distribution of earnings with regard to trade unions. In accordance with this purpose, after revealing the meaning of distribution of earnings, this prohibition is interpreted as a contradiction of the aim of the trade union and as a restriction to the member recruitment activity which is under the protection of collective freedom of association. As a result of this study, it has been determined that the violation of distribution of earnings has important consequences regarding the law of unions, the law of persons and the liability law.*

**Keywords:** trade union, the prohibition of distribution of earnings, collective freedom of association, trade union activity, member recruitment activity.

---

\* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, e-posta: gokhan.ture@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-2441-5636

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1166571

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24/08/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/09/2022

## GİRİŞ

Kolektif sendika özgürlüğünün görünüm biçimlerinden birisi de, sendikal faaliyette bulunma özgürlüğüdür. Bu özgürlük kapsamında sendikaların, üyelerine yönelik faaliyetlerini serbestçe belirleyip yürütmek kadar yeni üye kazanmak için kullanacağı propaganda araçlarını da serbestçe seçme hakkı bulunmaktadır. Ancak diğer tüm temel hak ve özgürlükler gibi kolektif sendika özgürlüğü de sınırsız olmadığından<sup>1</sup>, bu özgürlüğün hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde kullanılması gerekmektedir<sup>2</sup>.

Kolektif sendika özgürlüğünün en genel sınırını, sendikanın amacı oluşturmaktadır<sup>3</sup>. İdeal (manevi) amaç izleyen tüzel kişiler kategorisinde yer alan sendikanın amaç unsuru, Anayasa m. 51/1 ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) m. 2/1(ğ)'e göre, “*çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarları korumak ve geliştirmek*”tir. Dolayısıyla bir sendikanın faaliyette bulunma özgürlüğünden yararlanması ancak bu amaç çerçevesinde mümkündür, amacın dışında kalan faaliyetler ise mevzuatta aksine bir düzenleme bulunmadıkça yasak faaliyet niteliğindedir<sup>4</sup>.

İdeal amaç izleyen tüm özel hukuk tüzel kişileri gibi sendikalar için de yasak olan bir faaliyet, kazanç paylaşmadır. Kazanç paylaşma, iktisadi amaç izleyen tüzel kişilere özgü bir faaliyet olup<sup>5</sup>, iktisadi amaç izleyen tüzel kişiler ile ideal amaç izleyen tüzel kişiler arasındaki en temel farkı yaratmaktadır.

Sendikanın amaç unsurundan hareketle ulaşılan kazanç paylaşma yasağı, ayrıca STİSK m. 26/9'da “*Kuruluşlar elde ettikleri gelirleri üyeleri ve mensupları arasında dağıtamaz.*” şeklinde açıkça hüküm altına alınmaktadır. Kanuni istisnaları bir kenara

<sup>1</sup> Wolfgang Hromadka, “Eingriff in die Koalitionsfreiheit oder Ausgestaltung der Betaetigungsfreiheit?”, *NZA* 2018, s. 963; Jürgen Treber, “§ 189 Schutzbereich der Koalitionsfreiheit”, Günter Schaub (Hrsg.) *Arbeitsrecht Handbuch*, 19. Auflage, C.H. Beck, 2021; Rn. 18; Wolfgang Hromadka/Frank Maschmann, *Arbeitsrecht Band 2 Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeiten*, 4. Auflage, Springer, 2007, s. 26.

<sup>2</sup> Gunther Schwerdtfeger, *Indivuelle und kollektive Koalitionsfreiheit*, Springer, 1981, s. 6; Rupert Scholz, “GG Art. 9”, Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar Band II*, 96. Lieferung, C.H. Beck, 2021, Rn. 167.

<sup>3</sup> Scholz, Rn. 163; Thomas Dieterich, “Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit”, *Arbeit und Recht*, 53(4), 2005, s. 121-128, s. 126; Hromadka, s. 963; Wolfgang Linsenmaier, “GG Art. 9 [Vereinigungsfreiheit]”, Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. Auflage, C.H. Beck, 2022, Rn. 21; Hromadka/Maschmann, s. 26; Öner Eyrenci, *Sendikalar Hukuku*, BASİSEN, 1984, s. 50; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, Onikilevha, 2020, s. 277; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 10. Baskı, Turhan, 2022, s. 201; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku – II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, Gazi, 2022, s. 146.

<sup>4</sup> Schwerdtfeger, s. 65; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha, 2019, s. 189.

<sup>5</sup> Belirtmek gerekir ki kooperatifler de iktisadi amaç izleyen tüzel kişilerdence de, kooperatifler kazanç paylaşma amacı dışında iktisadi amaçlar izlemektedirler (Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, Filiz, 2015, s. 105.).

bırakılırsa sendikalar için kazanç paylaşma yasağı, mutlak bir yasak niteliğindedir. Dolayısıyla sahip olduğu saikin bir önemi olmaksızın, sendikanın kazanç paylaşma niteliği taşıyan bir faaliyette bulunması, anılan yasağın ihlali anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, sendikanın kazanç paylaşma niteliği taşıyan bir faaliyette bulunurken tamamen iktisadi saiklerle hareket etmesi kadar üyeleriyle dayanışma göstermek gibi sosyal bir saike sahip olması da hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Kanunda sendikalar için kazanç paylaşma yasağı emredici bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, yasağın ihlali halinde uygulanacak herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Her ne kadar bir kanuni düzenlemenin emredici hüküm olarak kabul edilebilmesi için yaptırım içermesi olmazsa olmaz şart değilse de, emredici hükmün ihlaline özgü bir yaptırımın öngörülmemiş olması da kendiliğinden herhangi bir yaptırım uygulanmayacağı sonucunu doğurmamaktadır<sup>6</sup>. Bu nedenle, bu çalışmada kazanç paylaşma yasağının ihlalinin hüküm ve sonuçlarının tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

Önemle ifade etmek gerekir ki, bu çalışmada kazanç paylaşma yasağına aykırılığın hüküm ve sonuçları esas olarak özel hukuk çerçevesinde tartışılacaktır. Zira kanunilik ilkesi uyarınca, cezai veya idari yaptırıma ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmadığı sürece cezai veya idari sorumluluk doğmamaktadır. Bununla beraber kazanç paylaşma yasağını ihlal eden bir sendika, belli durumlarda aynı işkolunda kurulu bir başka sendikanın üye kazanma faaliyetini hukuka aykırı bir şekilde engelleyebildiğinden, bu çalışmada kazanç paylaşma yasağına aykırılığın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 118/2'de düzenlenen sendikal faaliyetin engellenmesi suçuna yol açıp açmayacağı üzerinde de durulacaktır.

## I. SENDİKALAR BAKIMINDAN KAZANÇ PAYLAŞMA YASAĞININ ANLAMI

Özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin en temel ayırım, amaç unsurundan hareketle yapılan ayırımdır. Amaç unsuruna göre özel hukuk tüzel kişileri, ideal (manevi) amaç izleyen tüzel kişiler ile iktisadi amaç izleyen tüzel kişiler olarak ikiye ayrılır<sup>7</sup>. Bu ayırımın dayanak noktası ise kazanç paylaşmanın yasak olup olmamasıdır. Nitekim ideal amaç izleyen tüzel kişilerde kazanç paylaşma yasağı (*Ausschüttungsverbot*) mevcutken; iktisadi amaç izleyen tüzel

<sup>6</sup> Gökhan Türe, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, LYKEION, 2022, s. 64-65.

<sup>7</sup> Ergun Özsunay, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 5. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 35; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 15. Baskı, Filiz, 2015, s. 252; Tuğçe Oral, *Tüzel Kişilerin Manevi Zararlarının Tazmini*, Onikilevha, 2018, s. 18; Doruk Gönen, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, Onikilevha, 2011, s. 49-50.

kişilerde kazanç paylaşma güvencesi (*Ausschüttungsgarantie*) tanınmaktadır<sup>8</sup>.

İdeal amaç izleyen tüzel kişiler kategorisinde yer alan sendikalar için de kazanç paylaşmak yasaktır. Zira sendikalarda paylaşılması gereken kazanç değil, ortak idealdir<sup>9</sup>. Sendikalar bakımından kazanç paylaşma yasağı, istisnaları ile beraber STİSK m. 26'da iki fıkra hâlinde düzenlenmektedir. Genel kuralın yer aldığı STİSK m. 26/9'a göre; “*Kuruluşlar elde ettikleri gelirleri üyeleri ve mensupları arasında dağıtamaz. Ancak sendikaların grev ve lokavt süresince tüzüklerine göre üyelerine yapacakları yardımlar ile kuruluşların eğitim amaçlı yardımları bu hükmün dışındadır.*” Ayrıca 6552 sayılı Kanunun 19. maddesi ile STİSK m. 26'ya eklenen 10. fıkrada kazanç paylaşma yasağına ilişkin yalnızca işveren sendikalarına özgü bir istisna düzenlenmektedir<sup>10</sup>. Bu hükme göre; “*İşveren sendikaları, tüzüklerinde hüküm bulunmak ve şartları genel kurul kararıyla belirlenmek kaydıyla, işçilerin sigorta primlerinin işveren payının ödemelerinde kullanılmak ve nakit mevcudunun yüzde otuz beşini aşmamak üzere karşılıksız yardıma dayalı dayanışma ve yardım fonu oluşturabilir.*”

Kanuni düzenlemelerden anlaşıldığı üzere grev ve lokavt ödenekleri, eğitim amaçlı yardımlar ve işveren sendikalarının oluşturacakları dayanışma ve yardım fonları dışında, sendikaların üyelerine ekonomik bir menfaat temin etmesi yasaklanmıştır. Bununla beraber sendikalar, üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla faaliyette bulduklarından, sendikal faaliyetler sonucunda üyelerin ekonomik bir menfaat elde etmesi hayli olasıdır. Nitekim kanun koyucu, sendikaları, üyelerine ekonomik menfaat sağlayabilmeleri amacıyla başka hiçbir tüzel kişinin sahip olmadığı araçlarla (toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, toplu iş uyuşmazlığı çıkarma yetkisi) donatmıştır. Bu açıdan sendikalar, ekonomik hayatın birer aktörüdür ve ekonomik ilişkilerin düzenlenmesinde güç sahibidirler<sup>11</sup>. Kaldı ki “ücret sendikacılığı” anlayışının hâkim olduğu günümüz sendikacılığında, sendikalardan esas beklenen de, faaliyetleri sonucunda üyelerine ekonomik bir menfaat temin etmeleridir. Buradan da anlaşıldığı üzere, sendikaların üyelerine ekonomik menfaat sağlayan mutad faaliyetleri ile kazanç paylaşma yasağı arasındaki sınırın belirginleştirilmesi gerekmektedir.

<sup>8</sup> Karsten Schmidt, “Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Taetigkeit”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Maerz 1982, 182. Bd., H. 1/2, s. 21; MüKoBGB/Leuschner, Rn. 44; Sur, s. 176.

<sup>9</sup> Zeynep Tunca Özcan, “Derneklerin Faaliyetleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, 80(1), Ocak 2015, s. 125.

<sup>10</sup> Hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. Talat Canbolat, “İşveren Sendikalarınca Kurulacak Yardım Fonlarına İlişkin 6552 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemenin Esasları”, *İş ve Hayat Dergisi*, 1(1), 2015, s. 174 vd.; Ekmeççi, s. 193-194.

<sup>11</sup> Schmidt, s. 1-2; Hromadka/Maschmann, s. 11.

Bir faaliyetin kazanç paylaşma olarak nitelendirilebilmesi için bu faaliyet ile sendikanın, üyelerine doğrudan doğruya ekonomik bir menfaat temin etmesi aranmaktadır. Burada önem taşıyan ilk husus, temin edilen ekonomik menfaatin doğrudan doğruya olmasıdır<sup>12</sup>, yoksa sendikal faaliyetin dolaylı sonucu olarak üyelerin bir ekonomik menfaat elde etmesi, bu faaliyete kazanç paylaşma niteliği kazandırmaz. Sözelimi sendikanın akdettiği toplu iş sözleşmesi ile üyelerin ekonomik menfaat elde etmesi, kazanç paylaşma yasağının dışında kalır. Diğer yandan ekonomik menfaat tabiri, dar anlamda anlaşılmalıdır<sup>13</sup>. Zira sendikaların üyelerini yararlandırdıkları pek çok faaliyet sonucunda üyeler ekonomik bir menfaat edinmektedir. Örneğin sendikaya ait bir konaklama tesisinde, rayiç konaklama bedelinden daha düşük bir bedelle konaklayan veya sendikaya ait spor salonundan ücretsiz yararlanan bir üye de ekonomik menfaat elde etmektedir. Ancak bu örnekler bakımından kazanç paylaşma yasağına aykırılıktan söz edilmesi mümkün değildir; zira bunlar bir kazancın paylaşılmasından çok, üyeye bir hizmetin sunulması niteliğindedir. Dolayısıyla üyenin elde ettiği ekonomik menfaatin kazanç paylaşma kapsamında kabul edilebilmesi için bunun nakit ödeme yapılması veya piyasada tedavül imkânı bulunan emtianın, kıymetli evrakın yahut bir malın ücretsiz yahut değerinin makul sayılamayacak oranda altında<sup>14</sup> verilmesi şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>15</sup>.

Kazanç paylaşma yasağı ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus ise, sendikanın genel kurul dışındaki organlarını oluşturan üyelere yapılan olan ödemelerdir<sup>16</sup>. Öncelikle yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyelerine; huzur hakkı, ücret, ödenek, yolluk veya tazminat gibi adlar altında çeşitli ödemeler yapılması, kendiliğinden bu ödemelerin kazanç paylaşma niteliği taşımasına yol açmaz. Zira bu kişiler ile sendika arasında üyelik ilişkisinden ayrı olarak bir de vekâlet ilişkisi mevcuttur<sup>17</sup> ve bu kişilere vekâlet ilişkisi

<sup>12</sup> Dural/Öğüz, s. 287; Özcan, s. 123.

<sup>13</sup> MüKoBGB/Leuschner, Rn. 45

<sup>14</sup> Yargıtayın derneklere ilişkin bir kararında, derneğin üyelerine belli bir malı ortalama fiyatına uygun olarak satmasının, kazanç paylaşma yasağına aykırılık oluşturmayacağına karar verilmiştir: “5.9.2004 tarihli bilirkişi raporunda derneğin 2002 ve 2003 yılında fabrikadan aldığı küspeyi 2002 ve 2003 yılı ortalama fiyatına uygun olarak sattığı, üyeler dışında derneğin satış yapmadığı ve 2002-2003 yılına ait kar paylarının üyelere dağıtılmadığı, dosyadaki belge ve defter kayıtlarından tespit edildiği, kayıtlar ve yevmiye defterinin, muhasebe usul ve yasalara Dernek Kanununa göre tutulduğu belirlenmiştir. Davalı derneğin kuruluş bildirgesi ve tüzüğünde kanuna aykırılık veya noksanlık tesbit edilmemiştir. Yasal prosedürden geçerek 6.9.2002 tarihinde tüzel kişilik kazanmıştır. Bilirkişi raporunda tespit edilen gelirin, derneğin amacı ve gelirlerini açıklayan Tüzüğün 4. ve 19. maddeleri kapsamı içinde kaldığı şahsi kar amacı gütmeye ilişkin değildir. Bu açıklama karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Y2HD, T. 18.4.2005, E. 2005/3722, K. 2005/6223, Kazancı, Erişim Tarihi 01.08.2022).

<sup>15</sup> MüKoBGB/Leuschner, Rn. 45.

<sup>16</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Melda Sur, “Sendika Yöneticilerine Ödenecek Ücretler”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II*, Beta, 2011, s. 1607 vd.

<sup>17</sup> Sur, *Ödenecek Ücretler*, s. 1598; Ekmekçi, s. 158; A. Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 7.

çerçevesinde bir ödeme yapılmaktadır. Nitekim STİSK m. 11/1(f)'de, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu üyelerine verilecek ücret, tazminat, ödenek ve yolluklar ile sosyal hakların belirlenmesinin genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmış olması, bu kişilere yapılan ödemelerin, kazanç paylaşma yasağının dışında kaldığını ortaya koymaktadır. Bununla beraber her ne kadar kanunda yapılacak ödemenin miktarına yönelik bir sınırlama söz konusu değilse de, dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan objektif değerlendirme neticesinde, sendikanın mali gücü ile yöneticilerin harcadıkları zaman ve emekle kıyaslandığında, yapılan ödemenin vekâlet sözleşmesinin sinallagmasını oluşturmaktan çok, menfaat temin etme (zenginleştirme) amacı taşıdığı durumlarda, kazanç paylaşma yasağının ihlal edildiğinden bahsedilebilir<sup>18</sup>. Nitekim bu yönde bir Yargıtay kararında<sup>19</sup> da, sendikanın 143 üyeye sahip olduğu ve henüz toplu iş sözleşmesinin akdedilmediği bir dönemde sendikanın gelirlerini çok fazla aşacak şekilde genel merkez yönetim kurulu üyeleri için belirlenen asgari ücretin 26 katı tutarındaki net ücretin ve diğer ödemelerin, açık biçimde zenginleşme amacına yönelik olduğuna hükmedilmiştir.

Diğer yandan sermaye şirketleri için öngörülen şirketle işlem yapma yasağına benzer bir kanuni yasak, sendikalar açısından mevcut olmamasına rağmen, yönetim kurulu üyelerinin sendikanın menfaatine aykırı olacak şekilde kendileriyle işlem yapması halinde de kazanç paylaşma yasağına aykırılık söz konusu olacaktır. Örneğin yönetim kurulu üyesine ait bir taşınmazın, sendika tarafından rayiç bedelin oldukça üzerinde bir bedelle satın alınması halinde, kazanç paylaşma yasağının ihlal edildiği söylenebilir. Benzer şekilde, yönetim kurulu üyelerinin kendileriyle işlem yapmamakla beraber üçüncü kişilerle yaptığı işlemin örtülü kazanç aktarımı niteliği taşıdığı durumlarda, sözgelimi yönetim kurulu üyesinin ilişkili olduğu bir gerçek veya tüzel kişiye ait taşınmazın sendika tarafından rayiç bedelin üzerinde bir bedelle satın alınması halinde de kazanç paylaşma yasağının ihlali gündeme gelecektir.

Kazanç paylaşma yasağının, sendika ile üye arasındaki ilişkinin doğasında bulunan dayanışma olgusuna aykırı düştüğünü savunan görüşler<sup>20</sup> bulunmakla beraber bu yasağın sendikalara önemli avantajlar getirdiği açıktır. En başta, sendikaların kuruluşu bakımından serbest kuruluş sisteminin kabul edilebilmesini sağlayan husus, kazanç paylaşma yasağının bulunmasıdır<sup>21</sup>. Nitekim sendikalar, ticaret şirketlerinin kuruluşuna ilişkin prosedürlere (tescil

---

Bası, Beta, 2019, s. 79; Ahmet Nizamettin Aktay, *Toplu İş Hukuku*, 2. Baskı, LYKEION, 2019, s. 37.

<sup>18</sup> Aynı yönde bkz. Sur, s. 204.

<sup>19</sup> Y9HD, T. 28.9.2010, E. 2010/22982, K. 2010/26099, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022.

<sup>20</sup> Örneğin *Canbolat*'a göre, kriz dönemlerinde sendikaların üyelerine maddi yardım yapmasının yasaklanması eleştiriye açık bir husustur (Canbolat, s. 174).

<sup>21</sup> Dernekler bakımından aynı yönde bkz. Dural/Öğüz, s. 274

sistemi)<sup>22</sup> tabi olmaksızın, kurucularının sendika merkezinin bulunacağı ilin valiliğine dilekçelerine ekli olarak sendika tüzüğünü vermeleriyle tüzel kişilik kazanırlar. Diğer yandan kazanç paylaşma yasağı sayesinde sendikalar, kurumlar vergisi mükellefi sayılmadığı gibi<sup>23</sup>, sendikalara vergi muafiyetleri<sup>24</sup> tanınmaktadır<sup>25</sup>.

Sendikalar hakkında kazanç paylaşma yasağının bulunmasının çeşitli sebepleri mevcuttur. Bir kere bu yasak sayesinde sendikaların birikimlerinin erimesinin önüne geçilmekte<sup>26</sup> ve sendikaların nakit mevcudu, ortak amacın gerçekleştirilmesi için daha etkin bir şekilde kullanılabilir. Ayrıca sendikaların kâr elde etmenin cazibesine kapılarak, esas amaçlarından uzaklaşmasının önüne geçilmekte ve böylece sendika malvarlığı büyük ölçüde<sup>27</sup> ticari hayatın risklerinden korunmaktadır<sup>28</sup>. En önemlisi de, sendikalara vergilendirilme ve kuruluş işlemleri yönünden çeşitli avantajların tanınmış olduğu göz önüne alınırsa, bu yasak neticesinde sendika tüzel kişiliği altında gizli iktisadi amaç izleyen kişi topluluklarının kurulması engellenmektedir<sup>29</sup>.

## II. KOLEKTİF SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BİR SINIRI OLARAK KAZANÇ PAYLAŞMA YASAĞI

### A. Kolektif Sendika Özgürlüğünün Anlamı

Anayasanın 51. maddesinde sendika özgürlüğü, yalnızca bireysel sendika özgürlüğü yönüyle düzenlenmekte ve çalışanlar ile işverenlerin serbestçe sendika kurma, sendikaya serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakları güvence altına alınmaktadır. Başka bir deyişle Anayasada, kendisini oluşturan üyelere bağımsız bir kişiliği bulunan sendikaların özgürlüğüne yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Ancak bu durum,

<sup>22</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 261; Özsunay, s. 57-58.

<sup>23</sup> 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasında sendikalar dernek sayılmaktadır. Kanun m. 1/1(c) uyarınca yalnızca sendikalara ait iktisadi işletmelerin kazançları kurumlar vergisine tâbi kılınmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, Derneklerin Vergilendirilmesi Rehberi 2012, <[https://www.siviltoplum.gov.tr/kurumlar/siviltoplum.gov.tr/Mevzuat/Rehberler/DERN\\_VER\\_REHBER\\_2012.pdf](https://www.siviltoplum.gov.tr/kurumlar/siviltoplum.gov.tr/Mevzuat/Rehberler/DERN_VER_REHBER_2012.pdf)>, Erişim Tarihi: 16.08.2022, s. 5.

<sup>24</sup> Örneğin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17’de sendikaların kültür ve eğitim amacı taşıyan faaliyetleri, katma değer vergisinden istisna kılınmıştır.

<sup>25</sup> Alman hukukunda sendikalara vergisel kolaylıklar tanındığı yönünde bkz. Volker Rieble, “§ 220 Koalitionsfreiheit der Koalition”, Heinrich Kiel/Stefan Lunk/Harmut Oetker (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I*, 5. Auflage, C.H. Beck, 2022, Rn. 31.

<sup>26</sup> MüKoBGB/Leuschner, Rn. 44.

<sup>27</sup> Ancak yine de sendika malvarlığının tamamen ticari hayatın risklerinden korunduğu söylenememektedir. Zira her ne kadar sendikaların ticaret ile uğraşması yasaklanmışsa da, nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydıyla sanayi ve ticaret kuruluşlarına yatırımda bulunabilmektedirler (STİSK m. 26/3).

<sup>28</sup> MüKoBGB/Leuschner, Rn. 44; Eyrenci, s. 166.

<sup>29</sup> Şahlanan, s. 272.

<sup>30</sup> Anno Hamacher/Hendrik van Laak, “§ 71 Koalitionsrecht”, Wilhelm Moll (Hrsg.), *Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht*, 5. Auflage, C.H. Beck, 2021, Rn. 28.

sendikaların kendi özgürlüğünün de anayasal güvence altında olduğu gerçeğini değiştirmemektedir<sup>31</sup>. Zira gerçekleşebilmesi için bireylerin kurumsal bir yapı altında yahut bir organizasyon çerçevesinde birlikte hareket etmesinin zorunlu olduğu temel hak ve özgürlüklerin, yalnızca bireysel düzeyde korunması yeterli olmayıp, bunların ayrıca kolektif düzeyde de korunması gerekmektedir<sup>32</sup>. Bu nedenle sendika özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, din özgürlüğü ve bilim özgürlüğü gibi bireylerin özgürlükten yararlanabilmesi için birlikteliğin zorunluluk arz ettiği durumlarda, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi, bireysel düzeyden kolektif düzeye yayılmaktadır<sup>33</sup>. Çifte temel hak olarak nitelendirilen bu haklar, bir yandan bireylere güvence getirirken, diğer yandan bireylerin oluşturdukları kurumsal yapıya yahut organizasyona da koruma sağlamaktadır<sup>34</sup>. Temel hakların kolektif düzeye yayılmasının esas sebebi, bireysel özgürlüklerin korunmasıysa da, kolektif özgürlüğün sahibi bireyler değil, bizzat kurumların kendisidir. Diğer bir ifadeyle bireylerden bağımsız olarak kurumlar da temel hak taşıyıcısı hüviyetine sahiptirler<sup>35</sup>. Dolayısıyla Anayasa m. 51’de düzenlenen sendika özgürlüğü, yalnızca çalışanlar ile işverenlere değil, ayrıca sendikaların kendilerine de özgürlük tanımaktadır ki sendika özgürlüğünün bu kısmı kolektif sendika özgürlüğü olarak adlandırılmaktadır<sup>36</sup>.

Kolektif sendika özgürlüğü, sendikalara belli başlı güvenceler getirmektedir. Bu güvencelerin başında, sendikanın varlığını sürdürme güvencesi gelmektedir<sup>37</sup>. Varlığını sürdürme güvencesinin dışında kolektif sendika özgürlüğü, sendikaların kolektif irade özerkliklerini koruma altına almaktadır<sup>38</sup>. Kolektif irade özerkliğinin bir sonucu olarak sendikalar, kendilerini ilgilendiren hususlarda serbestçe karar alma, organizasyonlarını

<sup>31</sup> Scholz, Rn. 165; Abbo Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 17. Auflage, C.H. Beck, 2018, s. 267; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 34. Baskı, Beta, 2021, s. 893; Şahlanan, s. 21.

<sup>32</sup> Dieterich, s. 124; Schwerdtfeger, s. 6; Hamacher/van Laak, Rn. 28; Junker, s. 270; Aktay, s. 13-14.

<sup>33</sup> Dieterich, s. 124; Scholz, Rn. 239; Eyrenci, s. 42.

<sup>34</sup> Hromadka, s. 962; Hromadka/Maschmann, s. 23; Scholz, Rn. 168; Matthias Cornils, “GG Art. 9 [Vereinigungsfreiheit]”, Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 51. Edition, Münih 2022, Rn. 44; Eyrenci, s. 41; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 32; Şahlanan, s. 24.

<sup>35</sup> Dieterich, s. 124; ErfK/Linsenmaier, Rn. 29; Hromadka, s. 965.

<sup>36</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 893.

<sup>37</sup> Rieble, Rn. 1; Hamacher/van Laak, Rn. 29; Hromadka/Maschmann, s. 25; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 37. Bu güvence kapsamında sendikalar; serbestçe kurulma, üst kuruluşlara üye olma, başka sendikalara katılma yahut başka sendikalarla birleşme haklarına sahiptir. Yine sendikaların, mahkeme kararı olmaksızın ve kanunda aranan şartlar gerçekleşmeksizin faaliyetinin durdurulmasının ve kapatılmasının mümkün olmaması da, varlığını sürdürme güvencesinin bir gereğidir. Öte yandan Türk hukukunda sendika çokluğu ilkesinin benimsenmesi ve zorunlu sendikacılık ilkesine ait uygulamaların -kapalı işyeri şartı (closed-shop) gibi- yasaklanmış olması, yetki şartlarını taşımayan sendikaların da varlıklarını sürdürmesini garanti altına almaktadır (Rieble, Rn. 3 vd.; Scholz, Rn. 243 vd.; Junker, s. 271; Eyrenci, s. 44-45).

<sup>38</sup> Rieble, Rn. 15; Treber, Rn. 20.



serbestçe düzenleme ve sendikalara özgü faaliyetler yürütme haklarına sahiptirler<sup>39</sup>. Bu kapsamda sendikalar, tüzüklerini serbestçe düzenleyip, organlarını serbestçe oluşturabilir, hukuki işlem hayatında diledikleri işlemleri yapıp, kararları alabilir, örgütleneceği işyerlerine ve yürüteceği faaliyetlere karar verebilir, üyelerine, üyelikten çıkarma dâhil diledikleri yaptırımları uygulayabilirler<sup>40</sup>.

### **B. Kolektif Sendika Özgürlüğü Kapsamında Üyeleri Faaliyetlerden Yararlandırma Serbestisi ve Yeni Üye Kazanma Güvencesi**

Kolektif sendika özgürlüğü, sendikalar için önemli güvenceler getirmesine rağmen, sendikalara başarı garantisi tanımamaktadır<sup>41</sup>. Sendikalar, amaçlarına ulaşmak için gerekli ve yeterli araçlarla donatılmıştır, ancak amaçlarına ulaşmak sendikaların kendi çabalarına bırakılmıştır<sup>42</sup>. Bir diğer ifadeyle sendikaların organizasyon kapasitesi, propaganda faaliyetlerindeki yetkinlik, üye sayısı gibi hususlar kanun koyucunun yükümlülüğü dışında kalmaktadır<sup>43</sup>. Bu bakımdan sendikaların tamamı kolektif sendika özgürlüğüne sahipse de, toplu iş sözleşmesi yapmaya yahut toplu iş uyuşmazlığı çıkarmaya yetkili değildirler<sup>44</sup>.

Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kazanılması, doğrudan doğruya üye sayısına bağlı olduğu gibi sahip olunan üye sayısı, toplu iş sözleşmesi görüşmelerindeki pazarlık gücü üzerinde de doğrudan etki göstermektedir<sup>45</sup>. Bu bakımdan sendikalar için mevcut üyelerini kaybetmemek ve yeni üye kazanmak hayati öneme sahip hususlardır<sup>46</sup>. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, üye kazanmaya yönelik sendikal faaliyetleri, sendikanın varlığını sürdürme güvencesinin bir unsuru olarak görmektedir<sup>47</sup>.

Sendikalara, tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyet yürütme güvencesi veren STİSK m. 26/1'den anlaşıldığı üzere, sendikaların faaliyetlerini belirleme noktasında geniş bir hareket alanı bulunmaktadır<sup>48</sup>. Bir diğer ifadeyle, üyeleri faaliyetlerden yararlandırma serbestisi kolektif sendika özgürlüğünün güvencesi altındadır<sup>49</sup>. Sendikalar, üyelerini yararlandıracakları faaliyetleri belirlemede kural olarak serbest olup, mevcut

<sup>39</sup> Treber, Rn. 15; Schwerdtfeger, s. 6; Hromadka, s. 962; Hamacher/van Laak, Rn. 28; Hromadka/Maschmann, s. 25.

<sup>40</sup> Schwerdtfeger, s. 48 vd; Cornils, Rn. 55; Hamacher/van Laak, Rn. 32; Scholz, Rn. 202, 204; Ekmekçi, s. 32-33.

<sup>41</sup> Rieble, Rn. 14.

<sup>42</sup> Rieble, Rn. 14; Wolfgang von Stetten, *Was Regelt Das Arbeitsrecht?*, Springer, 1987, s. 301.

<sup>43</sup> BVerfG, 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186.

<sup>44</sup> ErfK/Linsenmaier, Rn. 26; Rieble, Rn. 83.

<sup>45</sup> Scholz, Rn. 251; Treber, Rn. 23; Hromadka/Maschmann, s. 19; Eyrenci, s. 46.

<sup>46</sup> Rieble, Rn. 81.

<sup>47</sup> BVerfGE, 47, 191. Aynı yönde bkz. Scholz, Rn. 249.

<sup>48</sup> Rieble, Rn. 74.

<sup>49</sup> Schwerdtfeger, s. 51; Hamacher/van Laak, Rn. 30; ErfK/Linsenmaier, Rn. 41.

üyelerin aidiyet duygularını pekiştirmek ve müstakbel üyeleri cezbetmek amacıyla kültürel, sosyal, eğitsel ve sportif pek çok faaliyette bulunulması mümkündür. Öte yandan sendikaların yeni üye kaydetmesi, ister istemez propaganda faaliyetinin başarılı bir şekilde yürütülmesine bağlıdır. Kolektif sendika özgürlüğü kapsamında sendikalar yeni üye kazanmak için propaganda faaliyeti yürütme hakkına sahip oldukları gibi kural olarak propaganda araçlarını serbestçe seçme hakkına da sahiptirler<sup>50</sup>.

### **C. Kolektif Sendika Özgürlüğünün Bir Sınırı Olarak Kazanç Paylaşma Yasağı**

#### **1. Bir Temel Hak ve Özgürlük Olarak Kolektif Sendika Özgürlüğünün Sınırlanması**

Kolektif sendika özgürlüğünün bir temel hak ve özgürlük niteliği taşıdığı dikkate alınır, sınırlanması da ancak Anayasa m. 13'teki esaslar çerçevesinde söz konusu olabilir. İlgili maddeye göre, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.”*

Anayasa m. 13'ün lafzından anlaşıldığı üzere kolektif sendika özgürlüğünün sınırlanması, yalnızca düzenlendiği maddede belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla mümkündür. Kolektif sendika özgürlüğünün güvence altına alındığı Anayasa m. 51/2'de sınırlama sebepleri düzenlenmektedir. Buna göre, *“Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle”* sınırlanabilir.

Belirtmek gerekir ki “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” kolektif sendika özgürlüğü için özel bir sınırlama sebebi olarak öngörülmemiş olsaydı dahi diğer temel hak ve özgürlüklerin, kolektif sendika özgürlüğü için bir sınır teşkil ettiği söylenebilirdi<sup>51</sup>. Zira temel hak ve özgürlüklerin için sınırlarının bulunduğu ve diğer temel hak ve özgürlüklerle çatıştığı durumlarda özel bir sınırlama sebebi olmasa dahi sınırlanabileceği kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Diğer yandan temel hak ve özgürlüklerin yalnızca devlet ile birey arasındaki dikey ilişkide değil, aynı zamanda bireyler arasındaki yatay ilişkide de etki göstereceği (temel hakların yatay

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 31.5.2005 -1 AZR 141/04, NZA 2005, s. 1184; Hamacher/van Laak, Rn. 30; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 37.

<sup>51</sup> Nitekim Alman Anayasasında hakkında özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olan kolektif sendika özgürlüğünün başkalarının hak ve çıkarlarının korunması için sınırlanabileceği kabul edilmektedir (Tobias Wagner, “Grenzen der Koalitionsfreiheit”, *öAT*, 2020, s. 180-183, s. 180; Junker, s. 270-271; Hromadka/Maschmann, s. 27). Aksi yönde bir görüş Alman Anayasası m. 9/2'de dernekler için öngörülen sınırlamaların, sendikalar hakkında da uygulanacağını ifade etmektedir (Scholz, Rn. 337).

<sup>52</sup> ErfK/Linsenmaier, Rn. 43; Schwerdtfeger, s. 63-64; Wagner, Tobias, s. 180; Rieble, Rn. 10.

etkisi) kabul edildiğinden, kanunlarla herhangi bir sınırlama getirilmemiş olsa dahi özel hukuk ilişkisi içerisinde çatışan temel hak ve özgürlüklerin ölçülülük ilkesi çerçevesinde uyumlaştırılması gerekmektedir<sup>53</sup>.

Bir özel hukuk ilişkisinde kolektif sendika özgürlüğü pek çok temel hak ve özgürlükle çatışabilir. Öncelikle sosyal tarafların (işçi-işveren) çıkarları, genel olarak, çatışma içerisinde olduğundan, sendikanın kolektif sendika özgürlüğü ile işverenin girişim özgürlüğü veya mülkiyet hakkı çatışabilir<sup>54</sup>. Sözgelimi sendikanın işyeri sınırları içerisinde propaganda faaliyetinde bulunmaya ilişkin menfaati ile işverenin, işyerinin ve işin düzeninin korunmasına ilişkin menfaati arasında bir çatışma bulunmaktadır. Kanunda herhangi bir sınırlama bulunmasa da ölçülülük ilkesi çerçevesinde bu menfaatler arasındaki çatışma; sendikaya, çalışma saatleri dışında ve işin yürütümü ile çalışma barışını aksatmayacak şekilde işyerinin sınırları içerisinde propaganda yapma hakkının tanınmasıyla dengelenmektedir<sup>55</sup>. Bu anlamda sendikalar, işyeri sınırları içerisinde toplantı düzenleme, afiş asma veya el ilanları dağıtma gibi propaganda araçlarından yararlanabilirler<sup>56</sup>.

Öte yandan kolektif sendika özgürlüğü ile bireysel sendika özgürlüğünün çatışması da mümkündür. Örneğin sendika tüzüğünde üyeliğe kabul için oldukça ağır şartlara yer verilmesi yahut üyelikten çıkmanın aşırı zorlaştırılması hallerinde kolektif sendika özgürlüğü ile bireysel sendika özgürlüğü arasında ortaya çıkan çatışmanın giderilmesi gerekmektedir<sup>57</sup>. Her ne kadar doktrinde bir görüş, her durumda bireysel sendika özgürlüğüne öncelik verilmesi gerektiğini belirtmekteyse de<sup>58</sup>, kolektif sendika özgürlüğü ile bireysel sendika özgürlüğü arasında bir astlık-üstlük ilişkisi bulunmadığından<sup>59</sup>, bu özgürlükler de ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengelenmelidir<sup>60</sup>.

Yine bir özel hukuk ilişkisinde aynı sosyal tarafta yer alan sendikaların kolektif sendika özgürlükleri de çatışma içerisinde olabilir<sup>61</sup>. Nitekim sendikalar yalnızca kolektif sendika özgürlüğüne sahip olmayıp, ayrıca bu özgürlüğün muhatabı durumundadırlar<sup>62</sup>. Bir diğer ifadeyle sendikaların, aynı işkolunda kurulu sendikaların kolektif sendika özgürlüklerine

<sup>53</sup> Scholz, Rn. 167; Rieble, Rn. 119; Hromadka, s. 962; Wagner, *Tobias*, s. 181; ErfK/Linsenmaier, Rn. 24; Junker, s. 270-271; Hromadka/Maschmann, s. 27.

<sup>54</sup> Scholz, Rn. 232; Rieble, Rn. 86.

<sup>55</sup> von Stetten, s. 303; Scholz, Rn. 251; Eyrenci, s. 155-156; ErfK/Linsenmaier, Rn. 41.

<sup>56</sup> Tuncay/Savaş Kutsal, s. 159.

<sup>57</sup> ErfK/Linsenmaier, Rn. 46; Schwerdtfeger, s. 28, 30; Scholz, Rn. 354.

<sup>58</sup> ErfK/Linsenmaier, Rn. 39; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 36.

<sup>59</sup> Treber, Rn. 16.

<sup>60</sup> Scholz, Rn. 240; Treber, Rn. 16; Eyrenci, s. 45; Şahlanan, s. 25-26.

<sup>61</sup> Wagner, *Tobias*, s. 180; Scholz, Rn. 253.

<sup>62</sup> ErfK/Linsenmaier, Rn. 46; Scholz, Rn. 333.

saygı gösterme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu çatışma genel olarak propaganda faaliyetinde adil rekabetin korunup korunmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır<sup>63</sup>. Doktrinde bu hususa ilişkin verilen bir örnek, bir sendikanın propaganda faaliyetinde aynı işkolunda kurulu diğer sendikaları karalayıcı ifadeler (*sarı sendika gibi*) kullanmasıdır<sup>64</sup>. Elbetteki böyle bir çatışmanın çözümünde kolektif sendika özgürlüğünün yanı sıra ifade özgürlüğünün de gözetilmesi gerekmektedir. Zira sendikalar arasındaki rekabet dolayısıyla her sendikanın, gerçeğe uygun olması ve eleştiri hakkının sınırlarının aşılmaması kaydıyla rakip sendikayı eleştirme hakkı mevcuttur<sup>65</sup>. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da belirtildiği üzere genel eleştiri sınırının aşılmaması kaydıyla bir sendikanın, diğer sendika aleyhine kullandığı ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Junker, s. 271.

<sup>64</sup> Hromadka/Maschmann, s. 25-26; Eyrenci, s. 156; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 931; Şahlanan, s. 7. Yargıtayın bir kararında karalayıcı ifadelerin muhatabının konfederasyon olmayıp da konfederasyon üyeleri olmasından ötürü konfederasyona yönelik bir saldırıdan söz edilemeyeceğine karar verilmiştir. “*Davalı “turkburosen.gen.tr” adlı internet sitesinde yer alan yazısında davacı “ilkesiz, ülküsüz, çıkarıcı dün nasıl yeşillendilerse bugün de ayınlar, bunların ağ babaları öyle değil mi? Kurumlarında memur-sen adına yöneticilik ve temsilcilik yapanların tamamına yakını o kurumlarda, en silik, en şahsiyetsiz, en menfaatperest insanlardır. Bunların tek sermayesi yalan dolandır.” şeklinde ifadelerde bulunmuş olduğu anlaşılmıştır. İncelenen yazı içeriğinde geçen ifadelerin muhatabının konfederasyon olmadığı, konfederasyon üyeleri olduğu anlaşıldığından konfederasyona yönelik bir saldırının bulunmadığı sonucuna varılarak davanın konfederasyon yönü ile reddine karar vermek gerekirken kısmen kabulü doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.*” (Y4HD, T. 5.2.2009, E. 2008/7056, K. 2009/1740, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022).

<sup>65</sup> Scholz, Rn. 253.

<sup>66</sup> “*Bu durumda yukarıda yapılan açıklamalara, somut olaya ilişkin maddi ve hukuki olgulara göre davalı tarafından yapılan açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; davalının Medya- İş Sendikasının Genel Başkanı ile Yönetim Kurulu üyelerini kabulü sırasında sendikacılık faaliyetleri ile ilgili genel açıklamalarda bulunduğu, sendikacılık faaliyetlerinin nasıl yapılması gerektiğini belirterek sendikacılık faaliyetlerini genel olarak eleştirdiği, ifadeleri sırasında davacı Sendikanın isminin geçmediği, ayrıca davalının kullandığı ifadelerin katlanılması gereken eleştiri sınırlarını aşmadığı, açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve bu nedenle de davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.*” (YHGK, T. 2.12.2020, E. 2017/4-1463, K. 2020/991, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022). Siyasi bir kişiliğin açıklamalarının değerlendirildiği bir kararda Yargıtay ilk derece mahkemesinin sendikanın kişilik haklarının zedelendiği yönündeki kararını bozarken benzer sonuçlara ulaşmıştır; “*...Mahkemece, “...davalının sonradan kurulan sendikaya sıcak bakması onların başarılı olmasını istemesi ile kalmayıp daha önce gazetecilik sahasında tek sendika olan davacıyı sapkınlıkla veya yurtsever olmamakla suçlaması bulunduğu mevki ve yetkileri itibarı ile davacının cemiyet ve meslek mensupları nezdinde saygınlığının tartışılmasına, küçük düşürülmesine, rekabet dengesinin BOZULMASINA yol açar. Davalı Başbakan Yardımcısı olarak hem davacının hem de davada taraf olmayan Medya-İş Sendikasının haklarını aynı derecede gözetmesi gereken ve Devlet hayatında herkese nasip olmayacak yüksek bir mevkidedir. Devlet adamlarının P. familias denilen aile babası görevlerinden biride hiç kimseyi ayırmadan fertlerin haklarını adil olarak gözetmesidir. Davalının sözlerinin rakip sendika mensupları tarafından söylenmesi ile Başbakan Yardımcısının söylemesi arasında çok büyük fark vardır. Bu ülke hukukuna göre kurulmuş, rakipleri ile eşit haklara sahip olan davacının yukarıda açıklanan şekilde Başbakan Yardımcısı tarafından aşağılanması, şahsiyet haklarının ihlali olarak değerlendirilmiştir...”* şeklindeki gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Uyuşmazlık, siyasi bir kişilik olan davalının açıklamalarının ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davalı, milletvekili ve aynı zamanda Başbakan Yardımcısı olup, siyasi kimliği ile basına açıklamalarda bulunmuştur. Hükümette görevli olup, görevi gereği sendikacılık ile ilgili açıklamalarda bulunan davalının sözlerinde davacı sendikanın ismi de geçmemektedir. Açıklamaların tamamı bir bütün halinde değerlendirildiğinde, sendikacılık faaliyetleri ile ilgili eleştiri ve düşünce açıklaması mahiyetinde olduğu görülmektedir.” (Y4HD, T. 3.12.2014, E. 2014/369, K. 2014/16473, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022). Benzer yönde bir diğer kararda ise kamuoyunun oluşması için yapılan eleştirilerin şiddetli de olsa eleştiri sınırları içerisinde kalacağı belirtilmiştir: “*Davacılar Türk*

## 2. Yeni Üye Kazanma Faaliyetinin Bir Sınırı Olarak Kazanç Paylaşma Yasağı

Sendika çokluğu ilkesinin kabul edildiği Türk hukukunda, aynı işkolunda birden fazla sendikanın kurulması mümkündür. Buna karşın kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere ilişkin istisna bir kenara bırakılırsa, sendika üyeliğinde teklik ilkesi uyarınca aynı zamanda aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunması yasaktır (STİSK m. 17/3). Bu bakımdan aynı işkolunda kurulu sendikalar arasında ister istemez üye kaydetme faaliyeti bakımından bir rekabet söz konusudur.

Mevzuatta aynı işkolunda kurulu sendikalar arasındaki rekabetin adil bir şekilde sürdürülmesi gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Hatta güçlü sendikacılık ilkesinin yansıması olan bazı kanuni düzenlemelerde (*işkolu barajı*, *check-off sistemi*, *işyeri sendika temsilcisi atama gibi*)<sup>67</sup> işçilerin korunması amacıyla Anayasa m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesi<sup>68</sup> göz ardı edilerek üye sayısı fazla (güçlü) sendikalar lehine adil rekabetten vazgeçilmektedir. Bununla beraber güçlü sendikacılık ilkesine yönelik istisnalar bir kenara bırakılırsa sendika çokluğu ilkesinin doğal sonucu olarak, sendikaların adil rekabeti bozmaya yönelik faaliyetlerde bulunmaları, yasak faaliyet niteliğindedir<sup>69</sup>.

Üye kazanmak için yürütülen propaganda faaliyetinin başarılı olması, sendikanın mali gücü ile bağlantılı bir husustur<sup>70</sup> ancak sendikaların bir propaganda aracı olarak üyelerine doğrudan doğruya ekonomik menfaat temin etmesi, ideal amaçlar izleyen sendikalar arasındaki rekabeti haksız olarak bozucu etki göstermektedir. Bu açıdan kazanç paylaşma

---

*Metal Sendikası ve anılan sendikanın başkanı Mustafa Özbek; Sabah Gazetesinin 23/9/1998 günlü yayınında, "Amerikalı'nın Clinton'ı Bizim Bursalı İşçiler" başlık yazıda, "Gece vakti, gidip işveren masasına oturdu ve imzaladı. İşçiler sokağa döküldüler. İşverene karşı değil yalancı sendikaya karşı. Ücret zamları düşük tutuldu diye değil aldatılmış oldukları için...", "Türk Metal Sendikası..." "Yalan söyledi, üyesini kaybetti. Sendika başkanının Türk-İş'in başına geçme hayalleri de suya düştü", "Bütün yalancılar cehenneme" şeklindeki ifadelerin kişilik haklarına saldırı olduğunu ileri sürerek ayrı davalarla manevi tazminat istemlerinde bulunmuşlardır. Davalar birleştirilerek görülmüştür. Mahkemece istek Mustafa Özbek için red edilmiş, Türk Metal Sendikası için kısmen kabul edilmiştir (...) Sendikalar özel hukuk tüzel kişisidirler. Sendikaların ortak amacı 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 1. maddesine göre; "çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesidir. İşçi sendikaları işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere işverenler ya da işveren sendikaları ile toplu iş sözleşmesi yaparlar. Türk Metal Sendikası ile Metal Sanayicileri arasında 18/9/1998 gününde imzalanan grup toplu iş sözleşmesi sırasında, davacı sendikadan 7582 işçinin istifa ettiği, yine davacı sendika tarafından dosyaya sunulan 5/3/1999 günlü belgeden anlaşılmaktadır. Öte yandan imzalanan toplu iş sözleşmesiyle ilgili eleştiriler diğer basın organlarında da haber olarak verildiği dosya içerisinde bulunan belgelerden anlaşılmaktadır. Şu durumda konuyu ilgilendiren ve gerçek olan bir olayın bildirilmesinde ve yayınlanmasında hukuka aykırılık yoktur. Kamu oyunun olumlu yönde oluşması için yapılan eleştiriler şiddetli de olsa eleştiri sınırları içerisinde kalır." (Y4HD, T. 4.5.200, E. 2000/2102, K. 2000/4429, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022)).*

<sup>67</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 897.

<sup>68</sup> Anayasada düzenlenen eşitlik ilkesi nedeniyle Devletin sendikalara kural olarak eşit davranmakla yükümlü olduğu yönünde bkz. Schwerdtfeger, s. 47.

<sup>69</sup> Scholz, Rn. 253.

<sup>70</sup> Scholz, Rn. 218.

yaşağı, dolaylı olarak sendikalar arasındaki adil rekabetin sürdürülmesini de sağlamaktadır. Bir diğer ifadeyle, sendikanın amaç unsuruna aykırı olmasından ötürü STİSK’te kazanç paylaşmanın yasaklanmış olması, ayrıca rakip sendikaların kolektif sendika özgürlüklerini koruma fonksiyonu da üstlenmekte<sup>71</sup>, böylece bu yasak aynı zamanda sendika çokluğu ilkesine de hizmet etmektedir. Yukarıda değinildiği üzere, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” kolektif sendika özgürlüğü için bir sınırlama sebebi teşkil ettiğinden, kanundaki bu sınırlamanın Anayasaya uygun olduğu söylenmelidir.

Burada çalışmanın konusundan fazla uzaklaşmadan, bir sendikanın kanuni sınırlar içerisinde yürüttüğü üye kazanmaya yönelik faaliyetlerinin sınırlanıp sınırlanamayacağına üzerinde durulmasında da fayda görmekteyiz. Örnek vermek gerekirse, üyelik aidatının miktarına yönelik mevzuatta herhangi bir sınırlama mevcut olmayıp, kanun yalnızca üyelik aidatının miktarının, sendika tüzüğünde gösterileceğini amirdir. Normal şartlar altında bir sendikadan beklenen, gelir-gider dengesi, işçi ücretlerinin miktarı, emsal aidat miktarı, üyelere sağlanan hizmetler gibi hususları gözeterek üyelik aidatının miktarını belirlemesidir. Ancak kolektif sendika özgürlüğü uyarınca sendikalar, aidat miktarını serbestçe belirleme hakkına sahip olduklarına göre oldukça yüksek ya da oldukça düşük bir tutarda üyelik aidatının tespit edilmesi de mümkündür. Burada cevaplanması gereken soru şudur; bir sendikanın gelir-gider dengesini dikkate almaksızın üyelik aidatı miktarını oldukça düşük tutarda belirlemesi, aynı işkolunda kurulu diğer sendikaların kolektif sendika özgürlüğüne müdahale oluşturur mu? Bu soru daha genel mahiyette şu şekilde de sorulabilir; kanunun izin verdiği bir sendikal faaliyet, hangi şartlar altında rakip sendikaların kolektif sendika özgürlüğüne müdahale oluşturur?

Yargıya taşınmış bir olayda Alman Federal İş Mahkemesi, üyelik aidatının miktarını “1 Avro” olarak belirleyen bir sendikanın, bu kampanyanın yalnızca üyeliğin ilk yılına ilişkin olması ve yeni üyelerle sınırlı olmasından ötürü, sendikal faaliyette bulunma özgürlüğünün sınırlarını aşmadığına, başka bir ifadeyle rakip sendikaların kolektif sendika özgürlüğüne müdahalede bulunulmadığına hükmetmiştir<sup>72</sup>. Federal Mahkemeye göre, yeni üye kazanmaya yönelik sendikal faaliyetlerin diğer sendikaların kolektif sendika özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinden bahsedilebilmesi için, bu faaliyetler ile diğer sendikaların varlığını tehlikeye düşürme amacı izlenmelidir. Bu nitelikteki bir faaliyet ise özellikle rakip sendikalar aleyhine

---

<sup>71</sup> BAG, Urteil vom 31.5.2005 -1 AZR 141/04, NZA 2005, s. 1184; Schwerdtfeger, s. 51; Treber, Rn. 23. Sendika çokluğu ilkesinin, kolektif sendika özgürlüğünün bileşenlerinden biri olduğu yönünde Tuncay/Savaş Kutsal, s. 53.

<sup>72</sup> BAG, Urteil vom 31.5.2005 -1 AZR 141/04, NZA 2005, s. 1184 vd.

gerçeğe aykırı, aşağılayıcı veya tahrik edici propaganda yürütülmesi gibi ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarların korunması ve geliştirilmesi ile herhangi bir bağlantısı olmaksızın sırf rakip sendikalara saldırı amacı güdüldüğü halde söz konusu olur<sup>73</sup>.

Türk sendikacılık uygulamasında, işyerinde ilk kez örgütlenilmesi, yetkinin henüz kazanılmamış olması, iş sözleşmelerinin askıya alınması gibi nedenlerle üyelere aidat alınmaması yaygınlık kazanmış bir uygulamadır. Bu bakımdan benzer bir olayda Türk yargısının da Federal Mahkeme ile benzer gerekçeleri benimseyeceğinin söylenmesi mümkündür. Yine Federal Mahkeme ile aynı yönde olmak üzere, kanaatimizce bir sendikanın diğer sendikanın varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik olmadığı sürece kanuni sınırlar içerisinde yürütmüş olduğu sendikal faaliyetler, diğer sendikaların kolektif sendika özgürlüğüne müdahale oluşturmaz.

### **III. KAZANÇ PAYLAŞMA YASAĞINA AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

Kazanç paylaşma yasağının varlığına rağmen sendikaların bu yasağı ihlal ederek, üyelerine doğrudan doğruya ekonomik bir menfaat temin etmeleri ihtimal dahilindedir. Mevzuatta kazanç paylaşma yasağının ihlaline özgü bir yaptırım öngörülmemişse de, bu durum emredici kanun hükmünü ihlal eden davranışa herhangi bir yaptırım uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak kanunilik ilkesi uyarınca Dernekler Kanunu m. 32/1(p)'de yer alan ceza hükmü ile (tartışmalı olmakla beraber) TCK m. 118/2'de düzenlenen sendikal faaliyetlerin engellenmesi suçu dışında, kazanç paylaşma yasağının ihlali idari veya cezai sorumluluğa yol açmamaktadır.

İdari ve cezai sorumlulukların aksine kazanç paylaşma yasağını ihlal eden davranışın özel hukuk bakımından hüküm ve sonuçlarının geniş bir yelpazeye yayıldığını söylemek mümkündür. Gerçekten de bu nitelikte bir davranışın sendikalar hukukuna, kişiler hukukuna ve sorumluluk hukukuna ilişkin hüküm ve sonuçları bulunmaktadır.

#### **A. Sendikalar Hukukuna İlişkin Hüküm ve Sonuçları**

Kazanç paylaşma yasağını ihlal eden davranışların, sendikalar hukukuna ilişkin hüküm ve sonuçlarının iki başlık altında toplanması mümkündür. Bunlardan ilki, kazanç paylaşma yasağına aykırılığın sendika tüzel kişiliği ve sendika kararlarına ilişkin sonuçlarıdır. İkincisi ise, kazanç paylaşma yasağını ihlalin toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine etkisidir.

<sup>73</sup> BAG, Urteil vom 31.5.2005 -1 AZR 141/04, NZA 2005, s. 1184 vd. Aynı yönde bkz. Hromadka/Maschmann, s. 25-26.

## 1. Sendika Tüzel Kişiliği ve Sendika Kararlarına İlişkin Sonuçları

Kazanç paylaşma yasağını ihlal, bir tüzük hükmünden, bir genel kurul kararından yahut bir yönetim kurulu kararından ileri gelebilir. Kazanç paylaşma yasağının ihlalinin sendika tüzel kişiliği ve sendika kararları bakımından sonuçları, ihlal teşkil eden davranışın temelinde yer alan hukuki kaynağa göre değişmektedir.

### a. Tüzükte kazanç paylaşma yasağına aykırı hükümlere yer verilmesi

Sendika tüzüklerinde, kazanç paylaşma yasağına aykırılık taşıyan hükümlere yer verilebilir. Sözgelimi tüzükte; sendika yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyelerine ödenecek ücret ve diğer hakların, zenginleştirme amacı taşıyacak şekilde belirlenmesi yahut STİSK’te yer alan kazanç paylaşma yasağının istisnaları dışında yeni istisnaların öngörülmesi durumlarında, ilgili tüzük hükümleri hukuka aykırılık taşımaktadır.

Tüzükteki hukuka aykırı hükümler, sendikanın kuruluşu anında bulunabileceği gibi başlangıçta herhangi bir hukuka aykırılık içermeyen bir tüzükte daha sonra genel kurul kararıyla yapılan değişiklikler neticesinde hukuka aykırı hükümlere yer verilebilir.

Sendikanın kuruluş usulünün düzenlendiği STİSK m. 7’de, sendika tüzüğünde kanuna aykırılık tespit edilmesinin sonuçları düzenlenmektedir. STİSK m. 7/3-4’e göre; “Tüzüğün [...] kanuna aykırılığının tespit edilmesi [...] hâlinde ilgili valilik kanuna aykırılık veya eksikliklerin bir ay içinde giderilmesini ister. Bu süre içinde kanuna aykırılığın veya eksikliğin giderilmemesi hâlinde, Bakanlığın veya ilgili valiliğin başvurusu üzerine mahkeme, gerekli gördüğü takdirde kurucuları da dinleyerek üç iş günü içinde kuruluşun faaliyetinin durdurulmasına karar verebilir. Mahkeme kanuna aykırılığın veya eksikliğin giderilmesi için altmış günü aşmayan bir süre verir./ Tüzük ve belgelerin kanuna uygun hâle getirilmesi üzerine mahkeme durdurma kararını kaldırır. Verilen süre sonunda tüzük ve belgelerin kanuna uygun hâle getirilmemesi hâlinde ise mahkeme kuruluşun kapatılmasına karar verir.” Kazanç paylaşma yasağına aykırı tüzük hükümleri, bir kanun hükmüne aykırılık oluşturulduğundan, STİSK m. 7’de öngörülen sonuçlara tabidir.

Diğer yandan STİSK bakımından genel kanun niteliği taşıyan Medeni Kanun m. 47’de düzenlenen “Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.” hükmünün, sendikalar hakkında da uygulanacağı şüphesizdir<sup>74</sup>. Ancak bu düzenleme çerçevesinde kazanç paylaşma yasağına aykırı tüzüğü bulunan sendikanın tüzel

<sup>74</sup> Şahlanan, s. 68. Bu hükmün tüm tüzel kişiler hakkında uygulanacağı yönünde Hans Michael Riemer, *Berner Kommentar - Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen*, Staempfli, 1990, Art. 52, N. 7.



kişilik kazanmadığının kabulü için, tüzükten sendikanın ana amacının<sup>75</sup>, kazanç paylaşma olduğunun, diğer bir ifadeyle sendikanın esas olarak iktisadi amaç izlemek üzere kurulduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Yoksa tüzükte yer alan kazanç paylaşma yasağına aykırı hükümler, sendikanın, çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarları korumak ve geliştirmek şeklindeki ana amacında bir değişiklik yaratmıyorsa, sırf birkaç tüzük hükmünün kazanç paylaşma yasağına aykırı olmasından ötürü sendikanın tüzel kişilik kazanamadığına hükmedilemez. Bu takdirde STİSK m. 7’deki denetim ile yetinilir.

Sendikanın kuruluşu sürecinde yahut kuruluşundan sonraki bir dönemde yapılan tüzük değişikliği<sup>76</sup> neticesinde tüzükte kazanç paylaşma yasağına aykırılık oluşturan hüküm(ler) bulunmasına rağmen valilik bunu tespit edememiş ve tüzük yahut tüzük değişikliği, ilan edilmek üzere, Çalışma ve Sosyal Bakanlığına gönderilmiş olabilir. Doktrinde valilik tarafından yapılan ilk denetimden sonra tespit edilen hukuka aykırılıkların giderilmesinin de öncelikle sendikadan istenmesinin yani STİSK m. 7/3-4’te yer alan denetimin her zaman yapılmasının gerektiği ifade edilmekteyse<sup>77</sup> de kanaatimizce her iki durumda da artık STİSK m. 7 çerçevesinde bir denetim yapılması mümkün değildir. Zira STİSK m. 7’de düzenlenen tedbirler, valiliğin yapacağı ilk denetim ile sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Diğer yandan bu durumda STİSK m. 31 uyarınca sendikanın faaliyetinin durdurulması yahut kapatılması da söz konusu olmayacaktır. Nitekim kazanç paylaşma yasağını ihlal eden bir faaliyetin tek başına, kapatılma sebepleri olan “*Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunulması*” niteliğinde bir faaliyet olmadığı açıktır. Bununla beraber teorik olarak bir sendikanın, sendika çokluğu ilkesini fiilen ortadan kaldırmak amacıyla giriştiği pek çok faaliyetin yanı sıra kazanç paylaşmayı da kullanması halinde, artık sendikanın demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunduğu ve bu nedenle sendikanın kapatılacağından bahsedilebilir. Fakat bunun için sendikanın kazanç paylaşma yasağını, aynı işkolunda kurulu diğer sendikaların varlıklarını tehlikeye düşürmek amacıyla ihlal etmesi gerekir ki, bunun uygulamada gerçekleşeceğinin söylenmesi hayli güçtür.

Valilik denetiminden geçtikten sonraki dönemde kazanç paylaşma yasağına aykırı tüzük hükümlerinden ötürü STİSK çerçevesinde sendikanın faaliyetinin durdurulması yahut

<sup>75</sup> Ana amaç (*Hauptzweck*) – yan amaç (*Nebenzweck*) ayrımları için bkz. Schmidt, s. 18-19. Derneklerin asıl amaçlarının yanında yan amaç izleyebilecekleri yönünde bkz. Özsunay, s. 106.

<sup>76</sup> STİSK m. 7/5 uyarınca tüzük değişikliği hakkında da STİSK m. 7 çerçevesinde denetim yapılacaktır (Canbolat, s. 176; Ekmekçi, s. 70).

<sup>77</sup> Ali Güzel, “Toplu İş İlişkileri”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, İstanbul 2017, s. 344-345.

kapatılması mümkün değilse de, Dernekler Kanunu çerçevesinde sendikanın kapatılması ihtimali düşünülebilir. Zira Dernekler Kanunu m. 35'te, “*Bu Kanunun 19, 20, 23, 26, 28, 29, 30 ve 31 inci maddeleri özel kanunlarında hüküm bulunmamak kaydıyla [...] işçi ve işveren sendikaları ve üst kuruluşları için de ceza hükümleriyle birlikte uygulanır.*” düzenlemesi yer almaktadır.

Dernekler Kanununda kazanç paylaşma yasağı ile ilintili bir düzenleme m. 30/1(b)'de yer almaktadır: “*Dernekler; Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulamaz.*” Dernekler Kanunu m. 32/1(p)'de ise yasak amaçlar izleyen dernek yöneticilerinin cezalandırılacağı ve derneğin feshine karar verileceği öngörülmektedir. Önemle ifade etmek gerekir ki, Dernekler Kanunu m. 35'te sayılan maddelerin sendikalar hakkında doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olması, özel kanunlarında boşluk bulunmasına bağlıdır<sup>78</sup>. Kanaatimizce sendikaların kapatılmasına ilişkin STİSK m. 31'de bir düzenleme mevcutsa da, bu düzenleme kanunlarla açıkça yasaklanan amaçlar izleyen sendikaların kapatılması noktasında yetersiz bir çözüm içerdiğinden, örtülü boşluk içermektedir. Sözgelimi tüzük değişikliği neticesinde sendikanın, adeta bir ticaret şirketi gibi faaliyet göstermeye başlaması halinde STİSK hükümleri çerçevesinde kapatılması mümkün olmayacaktır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, örtülü boşluk da gerçek boşluk niteliği taşıdığından<sup>79</sup> bu örtülü boşluk, Dernekler Kanunu m. 30/1(b) ile giderilmelidir<sup>80</sup>. Bu bakımdan Dernekler Kanunu m. 30/1(b)'de düzenlendiği şekilde sendikaların Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları gerçekleştirmek üzere faaliyette bulunması halinde, Dernekler Kanunu m. 32/1(p) uyarınca kapatılmasına karar verilebilir. Ancak sendikanın tüzel kişilik kazanamaması ile benzer şekilde, bu hükme dayanarak sendikanın kapatılabilmesi için tüzük hükümlerinden sendikanın ana amacının kazanç paylaşma olduğunun, bir diğer ifadeyle sendikanın esas olarak iktisadi amaçlar izlediğinin anlaşılması gerekmektedir. Eğer tüzükte yer alan kazanç paylaşma yasağına aykırı hükümler, sendikanın amacını değiştirecek bir nitelik taşıyor, örneğin üyelerle dayanışma göstermek şeklinde bir yan amaca hizmet ediyorsa, artık ilgili tüzük hükümlerinden ötürü sendikanın kapatılması mümkün olmamalı, bu takdirde kısmi hükümsüzlük yaptırımını çerçevesinde salt bu hükümlerin geçersizliğine hükmedilmelidir<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Tuncay/Savaş Kutsal, s. 14.

<sup>79</sup> Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *AÜHFĐ*, 50(1), 2001, s. 96, 99.

<sup>80</sup> Dernekler Kanunu m. 30 hükmünün, sendikalar hakkında da uygulanacağı yönünde bir görüş için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 997.

<sup>81</sup> Riemer, Art. 52, N. 6; Dural/Öğüz, s. 239. Temel amaçtan uzaklaşmadığı durumlarda farklı amaçların

Yargıtayın bir kararında da benzer gerekçelerle, kazanç paylaşma yasağını ihlal eden bir derneğin feshine hükmeden yerel mahkeme kararı bozulmuştur: “*Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden [...] derneğin iktisadi işletmesinden elde edilen gelirin dernek menfaatine kullanılmayarak kişisel amaç ve yararlar güdüldüğü gerekçe gösterilerek derneğin feshine karar verilmiştir [...] Bir derneğin feshine karar verilebilmesi için o derneğin suç sayılan eylemlerin kaynağı haline geldiğinin süregelen ve birden çok eylemin varlığının saptanması halinde mümkündür. Ancak o takdirde dernek kurucularının asıl amacının dernek faaliyeti olmayıp dernek adı altında suç işlemeye veya ahlaka aykırı çalışmalar yapmaya yasal zemin hazırlamak olduğundan söz edilebilir.*”<sup>82</sup>

Kazanç paylaşma yasağına aykırı tüzük hükmünün sendikaların faaliyetinin durdurulması ya da kapatılmasına neden olmadığı durumlarda, tüzük hükmünün geçersizliği meselesinin tartışılması gerekmektedir. Valilik tarafından yapılan tüzük denetimi dikkate alınırca, tüzük hükmünün geçersizliği, asıl olarak, valilik denetiminden geçmesine rağmen hukuka aykırılık taşıyan tüzük hükümleri bakımından gündeme gelecektir.

Tüzük hükümlerinin geçersizliğine ilişkin olarak STİSK’te herhangi bir düzenleme bulunmamaktaysa da, tüzük hükümlerinin geri planında bir genel kurul kararı bulunduğundan, tüzük hükümlerinin de genel kurul kararları ile benzer bir geçersizlik rejimine tabi olduğu söylenebilir. Genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin STİSK hükümleri incelendiğinde, yalnızca iptal kurumunun düzenlendiği görülmektedir. Hukuki işlem hayatında çok fazla sayıda kişiyi etkileyen sonuçları bulunan sendika kararları açısından hukuki işlem güvenliğinin korunması amacıyla kesin hükümsüzlük yaptırımının istisnai durumlar dışında uygulanmaması gerekmektedir<sup>83</sup>. Nitekim kararın üzerinden uzun yıllar geçtikten sonra dahi kesin hükümsüzlük yaptırımının ileri sürülebilmesinin mümkün olması, sendika kararlarının yarattığı işlem güvenliği açısından sakıncalıdır<sup>84</sup>. Bu bakımdan kanun koyucunun STİSK’te yalnızca iptal yaptırımını düzenleyen yaklaşımı yerinde bir yaklaşımsa da, genel kurul kararlarının da bir hukuki işlem niteliği taşımasından ötürü<sup>85</sup> yokluk ve kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması mümkündür. Nitekim, Medeni Kanun m. 83/3’te, “*Genel kurul*

izlenmesinin mümkün olduğu yönünde Arıcı, s. 7.

<sup>82</sup> Y8HD, T. 26.10.2017, E. 2017/15474, K. 2017/13926, Kazancı Erişim Tarihi 01.08.2022.

<sup>83</sup> Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Schultess, 1996, § 25, N. 86; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Schultess, 2009, § 16, N. 157.

<sup>84</sup> Sermaye şirketleri için aynı yönde; İsmail Kırca, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 3. Baskı, Onikilevha, 2022, s. 9; Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 8. Baskı, Onikilevha, 2017, s. 32.

<sup>85</sup> Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat, 2019, N. 722; Kırca, *İsmail*, s. 1; Moroğlu, s. 11.

*kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar*” saklı tutulmuştur. Ancak bu düzenleme, genel olarak tüzel kişiler hukukunda, özel olarak ise sendikalar hukukunda kesin hükümsüzlüğün ikincilliği ilkesinin geçerli olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bir diğer ifadeyle, bir genel kurul kararının iptal yaptırımına mı yoksa kesin hükümsüzlük yaptırımına mı tabi olduğu hususunda şüpheye düşüldüğü<sup>86</sup> veya iptal etmenin yeterli ve tatmin edici olduğu<sup>87</sup> durumlarda iptal yaptırımının uygulanması gerekmektedir.

Sendikalar hukukuna ilişkin mevzuatta kesin hükümsüzlük sebeplerine ilişkin detaylı bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde bir görüş, hukuka aykırı tüzük hükümleri hakkında da iptal yaptırımının uygulanması gerektiğini, ancak iptal davasına ilişkin hak düşürücü süreye tabi olunmaksızın, yargı organına başvuru olanağının her zaman için mümkün olduğunu ifade etmektedir<sup>88</sup>. Yargıtay kararlarında ise tüzük hükümleri bakımından iptal yaptırımının tercih edildiği görülmektedir<sup>89</sup>.

Kanaatimizce bir sendika kararının ne zaman kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu noktasında ilgili kararın yapısı yol göstericidir. İsviçre hukukundaki görüşlerden hareketle söylemek gerekirse, hukuka aykırı bir karar, genel ve soyut nitelikteyse<sup>90</sup> ve bu yapısından ötürü tek bir somut olayla bağlı olmaksızın gelecekteki benzer olaylara da uygulanma kabiliyetine sahipse<sup>91</sup>, bu kararın iptal yaptırımına değil, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu kabul edilmelidir. Sendikalar açısından bu nitelikte genel kurul kararları esas olarak tüzük hükmü yaratan genel kurul kararlarıdır<sup>92</sup>. Bu bakımdan kazanç paylaşma yasağına aykırı bir tüzük hükmü, genel ve soyut nitelik taşıması ve gelecekteki olaylara da sirayet edecek bir yapıya sahip olmasından ötürü kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla iptal davasına ilişkin hak düşürücü süreye tabi olunmaksızın ve iptal davasının dinlenebilmesi için gereken şartlar aranmaksızın, her zaman ve her ilgili tarafından kazanç paylaşma yasağına aykırı tüzük düzenlemesinin kesin hükümsüzlüğünün tespiti mahkemeden istenebilir<sup>93</sup>.

<sup>86</sup> Riemer, Art. 75, N. 92; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 723.

<sup>87</sup> TTK madde 447'nin madde gerekçesi.

<sup>88</sup> Güzel, s. 344.

<sup>89</sup> Y22HD, T. 24.1.2014, E. 2014/747, K. 2014/832; Y22HD, T. 6.2.2013, E. 2013/1755, K. 2013/2008, (Güzel, s. 343-345.).

<sup>90</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 108; Riemer, Art. 75, N. 114.

<sup>91</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 110. Detaylı bilgi için bkz. Kırca, *İsmail*, s. 55-56.

<sup>92</sup> Riemer, Art. 75, N. 114. Şirketler bakımından esas sözleşme olduğu yönünde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 109; Böckli, § 16, N. 158.

<sup>93</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 86; Böckli, § 16, N. 156; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 722f.

## **b. Genel kurul tarafından kazanç paylaşma yasağına aykırı bir karar alınması**

Bir tüzük değişikliği yaratmaksızın da sendika genel kurulu tarafından kazanç paylaşma yasağına aykırı bir karar alınabilir. Bu takdirde de aynen tüzük değişikliklerinde olduğu gibi genel kurul kararlarının geçersizliği meselesinin üzerinde durulmalıdır. Yukarıda değinildiği üzere sendika genel kurul kararlarına ilişkin esas yaptırım, iptal yaptırımıysa da, Medeni Kanun m. 83/3'te kesin hükümsüzlük yaptırımı saklı tutulduğundan genel kurul kararları bakımından da kesin hükümsüzlük yaptırımı gündeme gelebilir<sup>94</sup>.

Sendikalar hukuku mevzuatında kesin hükümsüzlük sebeplerine ilişkin detaylı bir düzenleme mevcut değildir. Kanaatimizce sendika genel kurul kararlarının kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olup olmadığı değerlendirilirken, gerek ilke kıyası vasıtasıyla<sup>95</sup> gerekse Türk Ticaret Kanununu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçası sayan TTK m. 1 hükmünden hareketle<sup>96</sup>, anonim şirket genel kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin kanuni düzenlemelerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde sendika genel kurul kararları hakkında da uygulanması gerekmektedir. Zira kanun koyucunun, hukuki işlem güvenliği ilkesinden vazgeçerek, anonim şirket genel kurul kararlarını, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi kılarak sahip olduğu saikler, sendika genel kurul kararları açısından da aynı ölçüde geçerlidir<sup>97</sup>. Nitekim İsviçre hukukunda da anonim şirket genel kurul kararlarının kesin hükümsüzlüğüne ilişkin sebeplerin, tüm tüzel kişiler hakkında uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>98</sup>.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken bir düzenleme, anonim şirket genel kurul kararlarının kesin hükümsüzlük (butlan) sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 447/1(c)'de yer almaktadır: “Genel kurulun, anonim şirketin temel yapısını bozan [...] kararları batıldır.”

<sup>94</sup> Yargıtay da sendika genel kurul kararları bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanabileceği kanaatindedir: “Yasada genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar bir ve üç aylık hak düşürücü dava açma süresinin istisnası olarak düzenlenmiştir. Somut olayda, Afşin Şubesi Genel Kurulunun iptal kararı kesinleşen delege seçiminde belirlenen delegelerle yapılması nedeni ile hukuka ve kamu düzenine aykırı olması, bu sebeple söz konusu olağanüstü genel kurul toplantısının iptalinin, 2821 sayılı Sendikalar yasası 63.maddesi yolması ile 4721 sayılı Medeni kanun'un 83. maddesinin 3. fıkrası uyarınca aynı maddenin 1. ve 2. fıkrasındaki sınırlamalara tabi olmaksızın istenebileceğinin anlaşılmasına göre, hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.” (Y9HD, T. 29.5.2012, E. 2012/11135, K. 2012/18856, Kazancı, Erişim Tarihi 01.08.2022). Yargıtayın bir diğer kararında ise genel kurulu toplantıya çağırın yönetim kurulu kararının iptal edilmesinden ötürü genel kurulun oluşumunun sakatlanmasından ötürü, yönetim kurulu kararı ve çağırısı olmadan yapılmış genel kurul bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamanın daha doğru olacağı ifade edilmiştir (Y22HD, T. 3.7.2013, E. 2013/15982, K. 2013/16305, Güzel, s. 348-350.).

<sup>95</sup> Y4HD, T. 19.10.1976, E. 1976/8348, K. 1976/8885 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. IV, S. 4, Y. 1978, s. 532). Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gökhan Türe/Alı Uçar, “Sendika Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası”, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, C. II, Yetkin, 2022, s. 1480-1484.

<sup>96</sup> Rona Serozan, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 8. Baskı, İstanbul 2022, N. 1.

<sup>97</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 88.

<sup>98</sup> Riemer, Art. 75, N. 93; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 88.

Madde gerekçesinde temel yapıyı bozan kararlardan anlaşılması gerekenin, “*anonim şirketin tanımına, pay sahiplerinin hakları ve borçları düzenine ve organsal yapısına aykırı*” kararlar olduğu belirtilmektedir. Doktrinde bu düzenleme, anonim şirketin karakteristik niteliğiyle bağdaşmayan genel kurul kararlarının kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu şeklinde yorumlanmakta<sup>99</sup> ve ekonomik amaçlarla kurulan anonim şirketler bakımından bu amaca aykırı genel kurul kararlarının anonim şirketin niteliğiyle bağdaşmayan kararlar olduğuna işaret edilmektedir<sup>100</sup>.

Kanaatimizce TTK m. 447/1(c) hükmü, sendika genel kurul kararları hakkında da uygulanmaya elverişli olup, sendikanın niteliğiyle bağdaşmayan genel kurul kararları da kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Bu doğrultuda ideal amaçlar izleyen sendikalar açısından, kazanç paylaşma yasağına aykırı genel kurul kararları, bir tüzük değişikliği içermese dahi, sendikanın niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Bu bakımdan kazanç paylaşma yasağına aykırı genel kurul kararları, kural olarak, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Yine de genel kurul kararının içeriğinden, üyelere yapılan ödemenin tek seferlik ve görece düşük olduğu, bir vesileyle kazancın paylaşılmasından çok yardım niteliği taşıdığı ve sendikalar arası adil rekabeti bozma amacına yönelik olmadığı anlaşıldığı durumlarda iptal yaptırımının uygulanması, somut olay adaletine daha uygun düşecektir. Ancak hiçbir durumda mahkemenin, sendika genel kurulunun yerine geçerek bir karar tesis etmesi mümkün değildir; mahkeme kararı, duruma göre yalnızca hükümsüzlüğü tespit edici ya da iptal edici etki gösterir<sup>101</sup>. Bu bakımdan Yargıtayın sendika genel merkez yönetim kurulu üyeleri için belirlenen ücretin kazanç paylaşma yasağını ihlal ettiğini tespit ettikten sonra yöneticiler için ücret belirlemesi yaptığı kararı<sup>102</sup>, bu yönüyle hukuka aykırılık taşımaktadır.

### **c. Yönetim kurulu tarafından kazanç paylaşma yasağına aykırı bir karar alınması**

Sendikayı yönetim ve temsile yetkili olan yönetim kurulu, bir tüzük hükmü yahut genel kurul kararı olmaksızın ya da bunların verdiği yetkiye dayanarak kazanç paylaşma yasağına aykırı bir karar alabilir.

Genel kurulun toplantıya çağırılması (m. 12/6) ile üyelik başvurusunun reddine<sup>103</sup> (m.

<sup>99</sup> Kırca, *İsmail*, s. 35-36; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 722c.

<sup>100</sup> Kırca, *İsmail*, s. 36; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 97-98; Böckli, § 16, N. 167;

<sup>101</sup> Riemer, Art. 75, N. 19.

<sup>102</sup> Y9HD, T. 28.9.2010, E. 2010/22982, K. 2010/26099, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022.

<sup>103</sup> Üyelik başvurusuna ilişkin karar verme yetkisi, doğrudan yönetim kuruluna ait bir yetki değildir. Nitekim STİSK m. 17/5'te sendika tüzüğünde karar vermeye yetkili organdan söz edilmektedir. Ancak uygulamada genellikle bu yetki, sendika yönetim kuruluna bırakılmaktadır (Süleyman Başterzi, “Sendika Yönetim Kurulu

17/5) ilişkin kararlar dışında hukuka aykırı yönetim kurulu kararlarının akıbetine ilişkin olarak STİSK’te herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Medeni Kanun m. 83/2’de ise genel kurul dışındaki organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmayacağı düzenlenmektedir.

Önemle ifade etmek gerekir ki Medeni Kanun m. 83/2 hükmü, diğer organların kesinleşmesi için genel kurulun onayına ihtiyaç duyulan kararları açısından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Aksi bir ifadeyle, diğer organlar tarafından verilen ve bir genel kurul kararına gereksinim duymaksızın hukuki işlem hayatında hüküm ve sonuç doğuran (icrai) kararlar hakkında bu hükmün uygulanması mümkün değildir<sup>104</sup>. Sendika yönetim kurulu kararlarının önemli bir kısmı icrai nitelik taşıdığı gibi denetiminin de gecikmeden yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan sendika içi denetim yolları tüketilmeksizin de yönetim kurulu kararlarının yargı denetimine tabi tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Kazanç paylaşma yasağına aykırı yönetim kurulu kararları da bu nitelikte olduğundan, bu kararların geçersizliği doğrudan doğruya dava yoluyla ileri sürülebilir.

Doktrinde bir görüş, hukuki işlem güvenliğinin korunması amacıyla sendika yönetim kurulu kararlarının yalnızca iptal yaptırımına tabi olması gerektiğini belirtmektedir<sup>106</sup>. Yargıtay kararlarında da sendika yönetim kurulu kararları esas olarak iptal yaptırımı çerçevesinde denetlenmektedir<sup>107</sup>. Kanaatimizce de hukuki işlem güvenliğinin korunması amacıyla kesin hükümsüzlüğün ikincilliği ilkesi, sendika yönetim kurulu kararları açısından da geçerlidir. Ancak bu durum, sendika yönetim kurulu kararlarının hiçbir durumda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmadığı anlamına gelmemektedir<sup>108</sup>. Gerek genel kurul kararlarının gerekse yönetim kurulu kararlarının denetiminde korunan menfaatler benzer olduğundan, genel kurul kararlarının kesin hükümsüzlüğüne yol açan sebeplerin, yönetim kurulu kararlarının da kesin hükümsüzlüğüne yol açtığı kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim TTK’da anonim şirket genel kurul kararları (m. 447) ile yönetim kurulu kararlarının (m. 391) kesin hükümsüzlüğüne yol açan sebeplerin benzer mahiyette düzenlenmiş olması da,

Kararlarının Yargısal Denetimi”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, Onikilevha, 2019, s. 645-646).

<sup>104</sup> Riemer, Art. 75, N. 8.

<sup>105</sup> Başterzi, s. 639-640.

<sup>106</sup> Başterzi, s. 648 vd. *Başterzi*’nin görüşünün gerekçesini dernek genel kurul kararlarının yokluk ve kesin hükümsüz olduğu halleri saklı tutan Medeni Kanun m. 83/3 hükmüne STİSK’te yer verilmemesinin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olması oluşturmaktadır. Yazara göre, STİSK’te bir boşluk bulunmadığından Medeni Kanun m. 83/3 hükmünün sendika yönetim kurulu kararları hakkında uygulanması mümkün değildir (s. 652-653).

<sup>107</sup> Örnek mahiyetinde bkz. Y9HD, T. 4.11.2021, E. 2021/10022, K. 2021/15439; Y22HD, T. 14.1.2020, E. 2019/8659, K. 2020/264; Y22HD, T. 7.5.2019, E. 2019/2816, K. 2019/9902; Y22HD, T. 16.1.2018, E. 2017/42825, K. 2018/115.

<sup>108</sup> Aynı yönde Şahlanan, s. 128.

her iki organ kararının aynı geçersizlik rejimine tabi kılınmasının, menfaatler dengesine uygun düştüğünü göstermektedir. TTK m. 391/1(b) uyarınca “Yönetim kurulunun [...] anonim şirketin temel yapısına uymayan [...] kararları” kesin hükümsüz olup, kanaatimizce sendikalar bakımından da aynı amaca hizmet edecek şekilde sendikanın temel yapısına uymayan yönetim kurulu kararlarına da kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır.

Nitekim Yargıtay bir uyuşmazlıkta, sendika yönetim kurulu tarafından ihdas edilen şube delege seçim sürecine dair iç yönetmeliğin, genel kurulun yetkisine giren bir konuda yönetim kurulu tarafından karar alınmış olmasından ötürü kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğuna karar vermiştir<sup>109</sup>. Genel kurulun yetkisine giren konularda yönetim kurulu tarafından alınan kararlar, sendikanın temel yapısına uymayan kararlardan birisini teşkil ettiğinden, Yargıtayın ilgili kararına katılmaktayız. Aynı yönde olmak üzere, kazanç paylaşma yasağına aykırı yönetim kurulu kararları hakkında da, sendikanın niteliğiyle bağdaşmamasından ötürü, kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır. Ancak genel kurul kararları açısından belirttiğimiz üzere, üyelere yapılan ödemenin tek seferlik ve görece düşük olduğu, bir vesileyle kazancın paylaşılmasından çok yardım niteliği taşıdığı ve sendikalar arası adil rekabeti bozma amacına yönelik olmadığı durumlarda iptal yaptırımının uygulanması, somut olay adaletine daha uygun düşmektedir. Diğer yandan yönetim kurulunun kararları, süreklilik arz edecek şekilde sendikanın amacından uzaklaşılmasına yol açmış ve sendikayı iktisadi amaç izleyen bir tüzel kişiye dönüştürmüştü, Dernekler Kanunu m. 32/1(p) uyarınca sendikanın kapatılmasına karar verileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

## 2. Yetki Belgesinin Hükümsüzlüğünün Talep Edilmesi

Bir toplu iş sözleşmesi ünitesinde yetki süreci henüz tamamlanmamışken bir sendikanın, kazanç paylaşma yasağını ihlal ederek kaydettiği yeni üyeler sayesinde yetkiyi kazanması ihtimal dahilindedir. Burada tartışılması gereken husus, yetki belgesinin hükümsüzlüğünün talep edilip edilemeyeceğidir.

Rakip sendikalar aleyhine haksız propaganda yapılması sonucu yetki belgesinin kazanılması olgusu üzerinden bu hususu tartışan bir görüş, bu duruma muhatap olan sendikanın, yetkinin hükümsüzlüğünü isteyebileceğini belirtmektedir<sup>110</sup>. Bununla beraber yetki itirazına ilişkin davada; işkoluna, işletme niteliğine ve muvazaaya yönelik itirazlar<sup>111</sup> bir kenara bırakılırsa, sendikanın yetki şartlarına sahip olup olmadığı denetlenmektedir. Nitekim

<sup>109</sup> Y9HD, T. 20.5.2021, E. 2021/4070, K. 2021/9348, Kazancı, Erişim Tarihi 03.08.2022.

<sup>110</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 931-932.

<sup>111</sup> Detaylı bilgi için bkz. Sur, s. 319-326.



yetki itirazının düzenlendiği STİSK m. 43'e göre, "*Kendilerine 42 nci madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir.*"

Yetki şartları, sendikanın gerek işkolunda gerekse ilgili toplu iş sözleşmesi ünitesinde belli oranda sayısal çoğunluğa sahip olmasından ibarettir. Bu bakımdan yetki itirazı, yukarıda sayılan istisnalar haricinde uyumsuzluğun çözümünde yalnızca sayısal çoğunluğun esas alındığı bir dava niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bir sendika, ilgili toplu iş sözleşmesi ünitesinde, kanunda aranan sayısal çoğunluğa sahipse yetkinin hükümsüzlüğüne karar verilememektedir. Daha sonra açıklanacağı üzere, rakip sendikaları karalayıcı propaganda yürütülmesi kadar kazanç paylaşma yasağının ihlal edilmesi de haksız fiil teşkil etmektedir ve üyelik aidatı ile dayanışma aidatından mahrum kalınması nedeniyle uğranılan maddi zararlar ile kolektif sendika özgürlüğüne müdahalede bulunulmasından ötürü uğranılan manevi zararların haksız fiil hükümleri çerçevesinde talep edilmesi mümkündür. Ancak bu davranışların haksız fiil niteliği taşıması, hukuka aykırı propaganda yürüten sendika ile işçi arasında kurulan üyelik ilişkisinin geçerliliği üzerinde herhangi bir etki göstermemektedir. Zira muvaazaya ilişkin denetimin aksine burada işçinin irade özerkliği neticesinde kurulmuş bir üyelik ilişkisi bulunmaktadır ve irade sakatlıklarına ilişkin denetim dışında bu üyeliğin geçersizliğine hükmedilmesi mümkün değildir. İrade sakatlıklarına ilişkin denetimin de ancak sendika üyesi işçi tarafından ileri sürülmesi halinde yapılabileceği göz önüne alınırsa, kanaatimizce bir sendika, haksız fiil teşkil eden propagandası sonucunda da olsa ilgili toplu iş sözleşmesi ünitesinde kanunda aranan sayısal çoğunluğu sağlamışsa, artık yetkinin hükümsüzlüğüne karar verilemeyecektir.

## **B. Kişiler Hukukuna İlişkin Hüküm ve Sonuçları**

Sendikalar, tüzüğün valiliğe verilmesiyle birlikte tüzel kişilik kazanır (STİSK m. 7/1) ve bu andan itibaren bünyelerine uygun düştüğü ölçüde hak ehliyetine sahip olurlar<sup>112</sup>. Bu husus Medeni Kanun m. 48'de; "*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.*" şeklinde hüküm altına alınmaktadır.

Kendisini kuran kişilerden bağımsız olarak hak ehliyeti bulunan sendikalar, tüzel

<sup>112</sup> Gönen, s. 32.

kişiliklerine bağlı olarak kişilik hakkına da sahiptirler. Kişilik hakkı ile kastedilen, kişinin, kişiliğe bağlı değerlerin tümü üzerindeki hakkıdır<sup>113</sup>. Türk hukukunda kişilik hakkını oluşturan değerlerin tek tek sayılması yerine genel bir kişilik hakkının tanınması yöntemi tercih edildiğinden<sup>114</sup>, sendikanın kişilik hakkının içeriğinde yer alan değerlerin önceden neler olduğunun belirlenmesi mümkün değildir. Nitekim özel olarak düzenlenen bazı kişilik değerleri dışında sendikanın kişilik hakkını somutlaştırmak, hâkimin görevidir<sup>115</sup>. Yine de doktrinde genel olarak tüzel kişilerin kişilik hakkını oluşturan unsurlar arasında sayılan tüzel kişinin adı<sup>116</sup>, ekonomik kişiliği, gizli ve özel hayat alanı ile şeref, haysiyet ve saygınlığının, sendikalar açısından da kişilik hakkını oluşturan değerler olduğu söylenmelidir<sup>117</sup>. Diğer yandan temel hak ve özgürlükler de, kişilik hakkının içeriğinde yer aldığından<sup>118</sup>, nitekim temel hak ve özgürlükler kişilik hakkı kavramı vasıtasıyla özel hukuk ilişkilerinde somutlaştığından, kolektif sendika özgürlüğü de, sendikanın kişilik hakkını oluşturan değerlerden birisidir.

Sendikaların kişilik hakkına sahip olmasının bir sonucu, Medeni Kanun m. 23 vd. düzenlenen kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanabilmeleridir<sup>119</sup>. Başka bir deyişle kişiliğin gerek içe gerekse dışa karşı korunmasına ilişkin hükümler sendikalar hakkında da uygulandığı gibi sendikaların kişiliği koruyucu davaları açmaları da mümkündür<sup>120</sup>.

Kişilik hakkının dışa karşı korunmasının düzenlendiği Medeni Kanun m. 24'e göre; *"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir."* Daha önce de değinildiği üzere, bir sendikanın yeni üye kazanmak amacıyla kazanç paylaşma yasağını ihlal etmesi, aynı işkolunda kurulu sendikalar arasında bulunması gereken adil rekabeti bozucu bir etki gösterdiği gibi ayrıca bu durum rakip sendikaların kolektif sendika özgürlüğüne müdahale oluşturur. Bir diğer ifadeyle, böyle bir

<sup>113</sup> Andrea Büchler, *Orell Füssli Kommentar - ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Orell Füssli, 2021, Art. 28 ZGB, N. 2.

<sup>114</sup> Regina Elisabeth Aebi-Müller, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen - und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, 3. Auflage, Schultess, 2016, Art. 28 ZGB, N. 2; A. Dilşad Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Yetkin, 2016, s. 163; Oral, s. 52; Gönen, s. 55-56.

<sup>115</sup> Oral, s. 52; Keskin, s. 165; Gönen, s. 56.

<sup>116</sup> Yakın tarihli bir Yargıtay kararında sendika tarafından adın korunmasına ilişkin açılan davanın, kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemelerin Medeni Kanunda bulunmasından ötürü iş mahkemelerinin görev alanına girmediğine hükmedilmiştir. Karar için bkz. Y9HD, T. 21.12.2021, E. 2021/11835, K. 2021/16749, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2021.

<sup>117</sup> Aebi-Müller, Art. 28 ZGB, N. 2; Oral, s. 55; Keskin, s. 261.

<sup>118</sup> Gönen, s. 60.

<sup>119</sup> Aebi-Müller, Art. 28 ZGB, N. 1; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 267; Gönen, s. 137.

<sup>120</sup> Dieterich, s. 126; Rieble, Rn. 120; Oral, s. 53.

üye kazanma stratejisi, rakip sendikaların kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı teşkil eder. Dolayısıyla kazanç paylaşma yasağına aykırı davranışla muhatap olmasından ötürü kolektif sendika özgürlüğü ihlal edilmekte olan yahut ihlal edilmiş ya da ihlal edilmesi tehlikesi bulunan rakip sendikaların Medeni Kanun m. 25/1’de düzenlenen, önleme, durdurma yahut hukuka aykırılığın tespiti davalarından durumuna uygun düşeni açarak, saldırıda bulunan sendikaya karşı korunmalarını talep etmeleri mümkündür.

### C. Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hüküm ve Sonuçları

Bir sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal eden davranışlarda bulunması sonucunda aynı işkolunda kurulu diğer sendikalar hem maddi hem de manevi zarara uğrayabilirler. Kazanç paylaşma yasağının ihlalinden ötürü rakip sendikaların uğramış oldukları zararlar, sendikalar arasında bir sözleşme ilişkisi<sup>121</sup> yahut güven sorumluluğu doğuracak bir güven ilişkisi bulunmadığından ancak haksız fiil hükümleri çerçevesinde giderilebilir<sup>122</sup>.

#### 1. Maddi Zararların Giderilmesi

Bir sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal etmesi, rakip sendikaların maddi zarara uğramasına yol açabilir. Sözgelimi, bir sendikanın üyelerine belli ödemelerde bulunması veya bulunmayı taahhüt etmesinden ötürü, halihazırda başka bir sendikaya üye olan bir işçi, üyelikten çekilme bildiriminde bulunduktan sonra kazanç paylaşma yasağını ihlal eden sendikaya üyelik başvurusunda bulunabilir. Böyle bir durumda, üyelikten çekilme bildirimine muhatap olan sendika, üyelik aidatı yönünden maddi zarara uğramaktadır. Benzer şekilde bir toplu iş sözleşmesi ünitesinde yetki şartlarını taşımayan bir sendika, kazanç paylaşma yasağını ihlal etmesi neticesinde gerçekleşen yeni üye kayıtları sayesinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kazanabilir. Bu takdirde, kazanç paylaşma yasağı ihlal edilmemiş olsaydı, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kazanacak olan sendika, toplu iş sözleşmesinin imzalanması halinde elde edeceği dayanışma aidatları yönünden maddi zarara uğramaktadır.

Haksız fiil sorumluluğu, iki ilke üzerinden temellenmektedir: “zarar gören zarara katlanır (*casum sentit dominus*)” ve “kimseye zarar verme (*neminem leadere*)”<sup>123</sup>. Bu iki ilke uyarınca haksız fiil hukukunda uğranılan zararlar arasında ayırım yapılmakta ve bazı zararların karşılanacağı, diğer zararlara ise zarar görenin katlanacağı kabul edilmektedir. Haksız fiil

<sup>121</sup> Dieterich, s. 125.

<sup>122</sup> Rieble, Rn. 93.

<sup>123</sup> Detaylı bilgi için bkz. Keskin, s. 88-90. Haksız fiil hukukunun gelişim seyrince önceleri zarar gören zarara katlanır ilkesi geçerliken, zamanla kimseye zarar verme ilkesi ağırlık kazanmıştır (Oral, s. 26).

sorumluluğu kapsamında hangi zararların karşılanacağı, hangi zararlara ise zarar görenin katlanmasının gerektiği hukuka aykırılık unsurundan hareketle tespit edilmektedir<sup>124</sup>. Nitekim haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel kuralın düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu m. 49'da hukuka aykırılık unsurunun bu fonksiyonuna vurgu yapılmaktadır; “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gödermekle yükümlüdür./ Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*”

Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olarak doktrinde hâkim olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir davranışın hukuka aykırı kabul edilebilmesi için hukuk düzeninde yazılı ya da yazılı olmayan bir emir veya yasağın ihlal edilmiş olması zorunludur<sup>125</sup>. Bu teoriye göre TBK m. 49/1'de yer alan haksız fiile ilişkin genel kural, mutlak haklara ilişkin zararlar açısından bir koruma normu (*genel davranış normu*) teşkil etmektedir<sup>126</sup>. Dolayısıyla yaşam, beden bütünlüğü, kişilik hakları ve mülkiyet hakkı gibi mutlak hakları korumayı amaçlayan özel bir koruma normu olmasa dahi bu hakları zarara uğratan her türden davranış, bir hukuka uygunluk sebebi (*haklı savunma, zarar görenin rızası vb.*) bulunmadıkça, hukuka aykırılık taşımaktadır<sup>127</sup>. Buna göre bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın verilen kişiye ve eşyaya ilişkin zararlar, TBK m. 49/1 çerçevesinde giderilmektedir.

Bir sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal etmesi halinde diğer sendikalar, üyelik aidatları ile dayanışma aidatları yönünden maddi zarara uğramaktadır. Gerek üyelik aidatı gerekse dayanışma aidatından mahrum kalınması nedeniyle uğranılan zarar, sendikanın ekonomik menfaatlerine ve dolayısıyla malvarlığı hakkına ilişkindir. Bununla beraber bu zararlar, sendikanın kolektif özgürlüğünün yani kişilik hakkının ihlal edilmesiyle bağlantılı olarak meydana geldiğinden<sup>128</sup>, dolaylı zarar niteliği taşımaktadır<sup>129</sup>. Türk hukukunda uygun illiyet bağının bulunması kaydıyla dolaylı zararların da karşılanacağı kabul edildiğinden<sup>130</sup>, rakip sendikaların uğramış oldukları bu zararların, TBK m. 49/1 gereğince haksız fiil

<sup>124</sup> Karl Oftinger/Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Schultess, 1995, § 4 N. 1; Roland Brehm, *Berner Kommentar - Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 5. Auflage, Staempfli, 2021, Art. 41, N. 17; Claire Huguenin, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schultess, 2012, N. 568; Türe, s. 99-100.

<sup>125</sup> Oftinger/Stark, § 4 N. 15; Brehm, Art. 41, N. 33; Büchler, Art. 28, N. 15; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin, 2017, s. 607.

<sup>126</sup> Brehm, Art. 41, N. 35; Eren, s 614; Türe, s. 100-101.

<sup>127</sup> Brehm, Art. 41, N. 35; Eren, s. 608.

<sup>128</sup> Rieble, Rn. 93.

<sup>129</sup> Dolaylı zararın da esasında doğrudan doğruya zarar olduğu yönünde bkz. Eren, s. 551.

<sup>130</sup> Eren, s. 551; Keskin, s. 75.

hükümleri çerçevesinde karşılanması mümkündür.

Uygun illiyet bağı ile kastedilen, olayların olağan akışı ve genel hayat deneyimleri dikkate alındığında hukuken somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olduğu kabul edilebilen davranışlar ile ilgili zarar arasındaki neden sonuç ilişkisidir<sup>131</sup>. Dolayısıyla bir sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal eden davranışının, rakip sendikanın üyelik aidatı ile dayanışma aidatından mahrum kalmasına neden olmaya elverişli olduğu durumlarda, uygun illiyet bağı kurulmaktadır. Sözgelimi, bir sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal etmesinden kısa bir süre sonra rakip sendikanın üyelerinin çekilme bildiriminde bulunarak bu sendikaya üye olduğu veya üye sayısında yaşanan artış neticesinde ilgili toplu iş sözleşmesi ünitesinde en çok üyeye sahip sendikayı geçerek yetkili hale geldiği durumlarda, uygun illiyet bağı oluşmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere kolektif sendika özgürlüğü, yetki şartlarının taşınmasından bağımsız olarak tüm sendikalara tanınan bir özgürlüktür. Bu nedenle işkolu barajının aşılmasının veya ilgili toplu iş sözleşmesi ünitesinde sayısal çoğunluğun sağlanmasının bir önemi olmaksızın, aynı işkolunda kurulu sendikaların tamamı, kazanç paylaşma yasağını ihlal ile arasında uygun illiyet bağının bulunan maddi zararlarının tazmini için haksız fiil hükümlerine başvurabilirler.

Burada çalışmanın sınırlarını fazlaca genişletmemeye özen göstererek iki hususun daha üzerinde durmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bunlardan ilki, rakip sendikaların, uğramış oldukları maddi zararları haksız rekabet hükümleri çerçevesinde talep edemeyecekleridir. Zira daha önce de değinildiği üzere bir sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal eden davranışları, aynı işkolunda kurulu sendikalar arasında mevcut olması gereken adil rekabet ortamını bozucu nitelik taşıdığından, sendikanın ihlal niteliği taşıyan davranışlarının haksız rekabet oluşturduğu düşünülebilir. Bununla beraber haksız rekabete ilişkin hükümlerin, ideal amaçlar izleyen sendikaların yeni üye kazanma faaliyetleri hakkında uygulanması mümkün olmadığından<sup>132</sup>, rakip sendikanın uğramış olduğu zararların giderilmesi için haksız rekabet hükümlerine başvurusu söz konusu değildir<sup>133</sup>.

İkinci olarak değinilmesi gereken husus, rakip sendikaların uğradıkları zararın giderilmesi noktasında TBK m. 49/2'de düzenlenen ahlaka aykırı bir davranışla kasten zarar

<sup>131</sup> Brehm, N. 121; Huguenin, N. 1916; Eren, s. 563.

<sup>132</sup> Elbette sendikaların ticari işletme işletmesi haline, bu ticari işletmeler özelinde haksız rekabet hükümlerine başvurulabilir. Yine bir sendikanın, sendikal faaliyetinin bir ticari işletmeyi etkilemesi halinde haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruma talep edilebilir (Rieble, Rn. 97). Konuya ilişkin ilgi çekici bir Yargıtay kararı için bkz. Y4HD, T. 30.06.2003, E. 2003/7770, K. 2003/8589, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022.

<sup>133</sup> BAG, Urteil vom 31.5.2005 -I AZR 141/04, NZA 2005, s. 1183; Scholz, Rn. 253.

verilmesi hükmüne başvurup başvuramayacaklarıdır. Bir davranışın hukuka aykırı kabul edilebilmesi için hukuka uygunluk sebebi olmaksızın bir normun ihlal edilmiş olması yeterliyken<sup>134</sup>, bir davranışın ahlaka aykırı kabul edilebilmesi için birtakım ağırlaştırıcı (nitelikli) koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Zira ahlaka aykırılık bakımından, işlenen davranışta, zarar gören ile bağlantılı olarak özel bir kötü niyet aranmaktadır<sup>135</sup>. Nitekim ahlaka aykırılık kurumunun özünde, bir özgürlüğün kötüye kullanılması yer almaktadır. Özgürlüğün kötüye kullanılması ile kastedilen ise kişinin sahip olduğu bir özgürlüğü kendi yararı için değil de üçüncü kişiye kasten zarar vererek, kendisi için özel bazı avantajlar elde etmek amacıyla kullanmasıdır<sup>136</sup>.

Kazanç paylaşma yasağını ihlal eden sendikal faaliyetlerin tamamında ahlaka aykırılık unsuru bakımından aranan nitelikli koşulların gerçekleştiği söylenemez. Örneğin, sendikanın üyeleriyle dayanışma göstermek veya üyelerine yardım etmek gibi saiklerle hareket ettiği davranışlarda, ahlaka aykırılık unsuru eksiktir. Buna karşın sendikanın, sırf toplu iş sözleşmesi yetkisini kazanmak yahut genel olarak diğer sendikalara üye işçileri ayartmak<sup>137</sup> gibi sendikalar arasındaki rekabete zarar vermek amacıyla kazanç paylaşma niteliği taşıyan bir faaliyette bulunması halinde, artık ahlaka aykırılık unsuru gerçekleşmektedir.

## 2. Manevi Zararların Giderilmesi

Kazanç paylaşma yasağının üye kazanmak amacıyla bir propaganda aracı olarak kullanılması, rakip sendikaların kolektif sendika özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinden, rakip sendikaların kişilik hakkına haksız bir saldırı niteliği taşımaktadır.

Manevi tazminat talebinin düzenlendiği genel hükümler olan Medeni Kanun m. 25 ve TBK m. 58 incelendiğinde<sup>138</sup>, bu talebin, kişilik hakkının ihlal edilmesiyle ilişkilendirildiği anlaşılmaktadır<sup>139</sup>. Gerçekten de, Medeni Kanun m. 25/3'te, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin manevi tazminat istemleri saklı tutulmakta; TBK m. 58'de ise “*Kişilik hakkının*

<sup>134</sup> Brehm, N. 239.

<sup>135</sup> Gerhard Wagner, “§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung”, Franz Jürgen Saecker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB, Band 7*, 8. Auflage, C.H. Beck, 2020, Rn. 11; Huguenin, N. 419.

<sup>136</sup> Wagner, *Gerhard*, Rn. 20; Huguenin, N. 419.

<sup>137</sup> Wagner, *Gerhard*, Rn. 20.

<sup>138</sup> Bunların yanı sıra TBK m. 56'da bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan manevi tazminat talebi düzenlenmektedir: “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*”

<sup>139</sup> Keskin, s. 22.

*zedelenmesinden zarar gören[in], uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktara para ödenmesini isteyebil[ceği]” düzenlenmektedir.*

Tüzel kişilerin kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde manevi tazminat talep edip edemeyecekleri sorusunun cevabı, manevi zarara ilişkin olarak benimsenen görüşlere göre değişmektedir. Manevi zararı, kişilik hakkının zedelenmesi nedeniyle yaşanan acı, elem, ızdırap ve üzüntü şeklinde tanımlayan subjektif manevi zarar teorisine göre, tüzel kişilerin acı ve üzüntü yaşamaları söz konusu olmadığından, tüzel kişilerin manevi zarara uğramaları mümkün değildir<sup>140</sup>. Buna karşılık manevi zararı, kişilik hakkını oluşturan değerlerde irade dışında meydana gelen objektif eksilme olarak tanımlayan objektif manevi zarar teorisine göre ise manevi zarar için kişilik değerlerinde eksilmeye yol açacak herhangi bir olayla karşılaşılması yeterli olduğundan, tüzel kişilerin de aynen gerçek kişiler gibi manevi zararlarının tazminini talep etmeleri mümkündür<sup>141</sup>.

Bu doğrultuda bir Hukuk Genel Kurulu kararına göre de, *“Tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte hukuk düzeninin tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre, kişisel varlıklara yapılan saldırı nedeniyle elem ve ızdırap duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevî tazminat adı ile bir paranın ödetilmesi davası açamayacaklarını kabul etmek yasa koyucunun amacına aykırı düşecektir. Gerek Medenî Kanun ve gerekse Borçlar Kanunu yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır. Günümüzde doktrin ve Yargıtay tarafından yaygın olarak benimsenen görüş, gerçek kişilere özgü olanlar dışında kalan kişilik haklarında tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayabileceğini ve bu nedenle manevi tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir.”*<sup>142</sup> Bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde sendikalar, kişilik hakkını oluşturan değerlerin herhangi birisinde irade dışında bir eksilmeye maruz kalmaları halinde manevi tazminat talep edebilirler<sup>143</sup>. Dolayısıyla bir sendikanın üye kazanmak için bir propaganda aracı olarak kazanç paylaşma yasağına aykırı davranması halinde, aynı işkolunda kurulu sendikaların tamamı, aykırı davranış ile arasında uygun illiyet bağı bulunan manevi zararlarının giderilmesini isteyebilirler.

#### **D. Ceza Hukukuna İlişkin Hüküm ve Sonuçları**

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun düzenlendiği TCK m. 118'in

<sup>140</sup> Eren, s. 554; Keskin, s. 99, 261; Oral, s. 35; Gönen, s. 183-184.

<sup>141</sup> Eren, s. 554; Keskin, s. 103, 263; Oral, s. 37-41; Gönen, s. 184-186.

<sup>142</sup> YHGK, T. 22.1.2016, E. 2014/4-213, K. 2016/70, Kazancı, Erişim Tarihi 29.07.2022.

<sup>143</sup> Ekmekçi, s. 155 vd.

ikinci fıkrasında, kolektif sendika özgürlüğünün korunmasına yönelik<sup>144</sup> bir suç tipi düzenlenmektedir: “*Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” Bu suç bakımından dikkati çeken önemli bir husus, bireysel sendika özgürlüğünün korunmasına ilişkin olan TCK m. 118/1’den farklı olarak, bir sendikanın faaliyetlerinin cebir veya tehdit dışındaki herhangi bir hukuka aykırı davranışla engellenmesi halinde de bu suçun oluşacağına öngörülmesidir<sup>145</sup>.

Herhangi bir istisnaya yer verilmemesinden ötürü TCK m. 118/2 anlamında sendikanın faaliyetlerini engelleyen hukuka aykırı davranışın ayrıca suç niteliği taşımasının zorunlu değildir<sup>146</sup>. Bu bakımdan bir ceza normunu ihlal eden davranış kadar, herhangi bir kanunda yazılı emir veya yasağı ihlal eden davranış da, söz konusu suça yol açabilir. Başka bir deyişle, davranış hukuka aykırı kılan normun, ceza kanunlarında yer alması gerekmez; özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunlardaki emredici hükümlerin ihlal edilmesi de, suçun hareket unsuru için yeterlidir<sup>147</sup>. Kazanç paylaşma yasağı, STİSK m. 26/9’da açıkça düzenlendiğinden, bu yasağı ihlal eden bir davranış, TCK m. 118/2’nin lafzı uyarınca hukuka aykırı bir davranış niteliğindedir. Ayrıca kazanç paylaşma yasağını ihlal eden davranışın, aynı işkolunda kurulu sendikalar arasındaki üye kaydetmeye yönelik rekabeti bozmak amacıyla kullanıldığı durumlarda, diğer sendikaların üye kaydetme faaliyetlerinin engellendiği söylenebilmektedir. Üye kaydetmenin, bir sendikal faaliyet olduğu göz önüne alındığında, böyle bir durumda TCK m. 118/2’deki suçun hareket unsuru gerçekleşmektedir.

Hukuk düzeninde yer alan herhangi bir normun ihlalinin bu suça vücut vereceğinin kabul edilmesi, kanunilik ilkesine tam olarak uymadığı gibi<sup>148</sup>, TCK m. 118/2’nin cezalandırma alanının öngörülemez bir şekilde genişlemesine neden olmaktadır<sup>149</sup>. Nitekim bir görüş, her somut olayda meydana gelen zarar gözetilerek bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>150</sup>. Benzer yönde olmak üzere kanaatimizce de, bir sendikanın faaliyetlerini engelleyen davranış hukuka aykırı kılan normun, ceza kanunlarında yer

<sup>144</sup> Ali Hakan Evik, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 5(10), 2006/2, s. 216; Devrim Aydın, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), s. 794; Uğur Ersoy, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.118)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2016, s. 483.

<sup>145</sup> Ersoy, s. 503.

<sup>146</sup> Aydın, s. 801-802; Ersoy, s. 504-505; Evik, s. 212.

<sup>147</sup> Ersoy, s. 504-505; Aydın, s. 801-802.

<sup>148</sup> Ersoy, s. 505.

<sup>149</sup> Evik, s. 213.

<sup>150</sup> Evik, s. 213. Aksi yönde Ersoy, s. 505.



almadığı durumlarda, suçun oluşabilmesi için bu davranış ile faaliyeti engellenen sendikanın varlığını tehlikeye düşürme amacının izlenmesi gerekmektedir.

## SONUÇ

İdeal amaç izleyen özel hukuk tüzel kişileri kategorisinde yer alan sendikalar bakımından kazanç paylaşma yasağının öngörülmesinin önemli sebepleri bulunmakla birlikte bu yasak sendikalara önemli avantajlar da getirmektedir. Diğer yandan kazanç paylaşma yasağı, sendikalar arasında üye kazanma ve propaganda faaliyetlerinin yürütülmesi noktasında adil rekabetin sürdürülmesini de sağlamaktadır. Bu bakımdan kazanç paylaşma yasağı, bir yandan kolektif sendika özgürlüğünün en temel sınırı olan, sendikanın amaç unsuruna uygun düştüğü gibi sendika çokluğu ilkesine de hizmet etmektedir.

Sendikalar bakımından kazanç paylaşma yasağı STİSK’te açıkça düzenlenmesine rağmen sendikaların bu yasağı ihlal etmeleri ihtimal dahilindedir. Her ne kadar mevzuatta kazanç paylaşma yasağının ihlaline özgü bir yaptırım öngörülmemiş olsa da, bu durum emredici hükmün ihlali halinde herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim kazanç paylaşma yasağının ihlalinin; sendikalar hukukuna, kişiler hukukuna ve sorumluluk hukukuna ilişkin önemli sonuçları bulunmaktadır.

Kazanç paylaşma yasağını ihlalin sendikalar hukuku bakımından sonuçları, ihlal teşkil eden davranışın temelinde yer alan hukuki kaynağa göre değişmektedir. Sendika tüzüklerinde kazanç paylaşma yasağına aykırı hükümlere yer verildiğinde, valilik denetimine tabi bu hükümler, sendikanın faaliyetinin durdurulmasına ve devamında kapatılmasına neden olabilir. Ayrıca sendikanın kuruluşu anında ana amacının kazanç paylaşma olduğu durumlarda, Medeni Kanun m. 47 uyarınca sendika tüzel kişilik kazanamayacak, sendikanın kuruluşundan sonraki dönemde ana amacının kazanç paylaşmaya dönüştüğü durumlarda ise Dernekler Kanunu m. 32 gereğince sendikanın kapatılmasına karar verilecektir. Valilik denetiminden geçmekle beraber hukuka aykırılık taşıyan tüzük hükümlerinin, sendikanın ana amacını değiştirecek nitelik taşımadığı durumlarda, yalnızca ilgili tüzük hükmünün geçersizliğine hükmedilebilir. Kanaatimizce tüzük hükümleri, genel ve soyut nitelik taşımaları ve gelecekteki olaylara da sirayet edecek bir yapıya sahip olmalarından ötürü kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

Bir tüzük değişikliği yaratmaksızın da sendika genel kurulu tarafından kazanç paylaşma yasağına aykırı karar alınabilir. Sendika genel kurulu kararları açısından kesin hükümsüzlüğün ikincilliği ilkesi geçerli olmasına rağmen, Medeni Kanun m. 83/3’te kesin

hükümsüzlük yaptırımını saklı tutulmaktadır. Nitekim kanaatimizce kazanç paylaşma yasağına aykırı genel kurul kararları, sendikanın niteliğiyle bağdaşmamasından ötürü, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Dolayısıyla iptal davasına ilişkin hak düşürücü süreye tabi olunmaksızın, her zaman ve her ilgili tarafından kesin hükümsüzlüğün tespiti istenebilir. Ancak istisnai olarak genel kurul kararının içeriğinden, üyelere yapılan ödemenin tek seferlik ve görece düşük olduğu, bir vesileyle kazancın paylaşılmasından çok yardım niteliği taşıdığı ve sendikalar arası adil rekabeti bozma amacına yönelik olmadığı durumlarda iptal yaptırımının uygulanması, somut olay adaletine daha uygun düşecektir. Bu açıklamalar, menfaat dengesine uygun düştüğünden ötürü sendika yönetim kurulu kararları açısından da aynı ölçüde geçerlidir. Başka bir deyişle kazanç paylaşma yasağına aykırı sendika yönetim kurulu kararları da kural olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir, ancak genel kurul kararları açısından daha önce sayılan şartların mevcut olması halinde yönetim kurulu kararı hakkında da iptal yaptırımının uygulanması daha uygundur. Diğer yandan yönetim kurulunun kararları, süreklilik arz edecek şekilde sendikanın amacından uzaklaşılmasına yol açmış ve sendikayı iktisadi amaç izleyen bir tüzel kişiye dönüştürmüşse, Dernekler Kanunu m. 32/1(p) uyarınca sendikanın kapatılmasına karar verileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Kazanç paylaşma yasağını ihlalin, sendika kararları bakımından oldukça önemli sonuçları bulunmasına rağmen, ihlal sayesinde kaydedilen yeni üyeler sayesinde bir toplu iş sözleşmesi ünitesinde yetkinin kazanılması, yetki itirazı davası sonucunda yetki belgesinin hükümsüzlüğüne neden olmaz. Zira işkoluna, işletme niteliğine ve muvazaaya yönelik itirazlar haricinde yetki itirazı davası, sendikanın ilgili toplu iş sözleşmesi ünitesinde sayısal çoğunluğa sahip olup olmadığına denetlendiği bir davadır. Sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal etmesi haksız fiil niteliğinde olmasına rağmen, bu durum hukuka aykırı propaganda yürüten sendika ile işçi arasında kurulmuş üyelik ilişkisinin geçerliliği üzerinde herhangi bir etki göstermez. Bunun sebebi, muvazaaya ilişkin denetimin aksine üyelik ilişkisinin işçinin irade özerkliği neticesinde kurulmuş olması ve irade sakatlıklarına ilişkin denetimin ancak sendika üyesi işçi tarafından ileri sürülmesi halinde yapılabilmesidir.

Kazanç paylaşma yasağını ihlalin sendikalar hukukuna ilişkin sonuçlarının aksine kişiler hukuku ile sorumluluk hukukuna ilişkin sonuçlarının doğması, kazanç paylaşmanın yeni üye kazanmak için bir propaganda faaliyeti olarak kullanılmasına bağlıdır. Zira ancak bu takdirde aynı işkolunda kurulu diğer sendikaların, kolektif sendika özgürlüğüne müdahalede bulunulduğundan söz edilebilir. Kolektif sendika özgürlüğü, sendikaların kişilik hakkını oluşturan değerlerden birisi olduğundan, kolektif sendika özgürlüğüne müdahale edilen rakip

sendikaların, kişiliği koruyucu davaları açması mümkündür.

Kişilik hakkına haksız saldırının yanı sıra üye kazanma stratejisi olarak kullanılan kazanç paylaşmaya muhatap olan rakip sendikalar, mahrum kaldıkları üyelik aidatları ile dayanışma aidatları yönünden maddi zarara, kişilik haklarına saldırı nedeniyle de manevi zarara uğramaktadır. Aynı işkolunda kurulu sendikalar arasında bir sözleşme ilişkisi yahut güven ilişkisi bulunmadığından uğranılan bu zararların yalnızca haksız fiil hükümleri çerçevesinde giderilmesi mümkündür. Uğranılan maddi zararlar, sendikaların malvarlığına ilişkin olmasına rağmen kolektif sendika özgürlüğünün ihlal edilmesiyle bağlantılı olarak meydana gelmesinden ötürü dolaylı zarar niteliği taşımaktadır. Türk hukukunda uygun illiyet bağı içerisinde bulunan dolaylı zararların karşılanacağı kabul edildiğinden üyelik aidatı ile dayanışma aidatı yönünden uğranılan maddi zararların; bizim de katıldığımız görüş gereğince tüzel kişilerin manevi zarara uğraması mümkün olduğundan kolektif sendika özgürlüğüne müdahale nedeniyle uğranılan manevi zararların giderilmesi, kazanç paylaşma yasağını ihlal eden sendikadan talep edilebilir.

Tüm bu hüküm ve sonuçlarına rağmen kazanç paylaşma yasağı, özellikle sendikaların üyeleriyle dayanışma göstermek amacıyla yapmış olduğu yardımlar noktasında sendikalar arası rekabet yönünden fazlasıyla hassas bir konudur. Nitekim günümüzde sendikalardan esas beklenenin, üyelerine ekonomik bir menfaat temin etmesi olduğu gözetilirse, rakip sendikaların, bir sendikanın kazanç paylaşma yasağını ihlal eden davranışlarını engelleyecek yahut sonuçlarını telafi edecek hukuki çarelere başvurmaları, kendileri aleyhine yoğun bir propaganda faaliyetine maruz kalmalarına ve mevcut üyeleri ile diğer işçiler nezdinde olumsuz bir imaja sahip olmalarına yol açma riskini taşımaktadır. Bu bakımdan yapılması gereken, kazanç paylaşma yasağını ihlale özgü ve bu ihlalle orantılı bir idari yaptırım öngörülmesidir. Bu çözüm, Devletin kolektif sendika özgürlüğü ile bunun bir görünüm biçimi olan sendika çokluğu ilkesinden tam anlamıyla yararlanılması önündeki engelleri ortadan kaldırma yükümlülüğüne de uygun düşecektir.

## KAYNAKÇA

- Aebi-Müller R E, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Personen - und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, 3. Auflage, Schultess, 2016.
- Aktay A N, *Toplu İş Hukuku*, 2. Baskı, LYKEION, 2019.
- Arıcı K, *Türk İş Hukuku – II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, Gazi, 2022.
- Aydın D, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), s. 791-807.
- Başterzi S, “Sendika Yönetim Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan*, Onikilevha, 2019, s. 619-678.
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Schultess, 2009.
- Brehm R, *Berner Kommentar - Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 5. Auflage, Staempfli, 2021.
- Büchler A, *OFK – Orell Füssli Kommentar - ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Orell Füssli, 2021.
- Canbolat T, “İşveren Sendikalarınca Kurulacak Yardım Fonlarına İlişkin 6552 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemenin Esasları”, *İş ve Hayat Dergisi*, 1(1), 2015, s. 171-180.
- Cornils M, “GG Art. 9 [Vereinigungsfreiheit]”, Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 51. Edition, C.H. Beck, 2022.
- Çelik N/Caniklioğlu N/Canbolat T/Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri*, 34. Baskı, Beta, 2021.
- Dieterich T, “Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit”, *Arbeit und Recht*, 53(4), 2005, s. 121-128.
- Dural M/Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, Filiz, 2015.
- Ekmekçi Ö, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Onikilevha, 2019.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin, 2017.
- Ersoy U, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.118)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2016, s. 471-515.
- Evik A H, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 5(10), 2006/2, s. 203-219.
- Eyrenci Ö, *Sendikalar Hukuku*, BASİSEN, 1984.
- Forstmoser P/Meier-Hayoz, A/Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht*, Schultess, 1996.
- Gelir İdaresi Başkanlığı, *Derneklerin Vergilendirilmesi Rehberi 2012*, <[https://www.siviltoplum.gov.tr/kurumlar/siviltoplum.gov.tr/Mevzuat/Rehberler/DER\\_N\\_VER\\_REHBER\\_2012.pdf](https://www.siviltoplum.gov.tr/kurumlar/siviltoplum.gov.tr/Mevzuat/Rehberler/DER_N_VER_REHBER_2012.pdf)>, Erişim Tarihi: 16.08.2022.
- Gönen D, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, Onikilevha, 2011.
- Güzel A, “Toplu İş İlişkileri”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, Onikilevha, 2017, s. 299-426.
- Hamacher A/van Laak H, “§ 71 Koalitionsrecht”, Willhelm Moll (Hrsg.) *Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht*, 5. Auflage, C.H. Beck, 2021.

- Hromadka W/Maschmann F, *Arbeitsrecht Band 2 Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeiten*, 4. Auflage, Springer, 2007.
- Hromadka W, “Eingriff in die Koalitionsfreiheit oder Ausgestaltung der Betaetigungsfreiheit?”, *NZA* 2018, s. 961-965.
- Huguenin C, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schultess, 2012.
- Junker A, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 17. Auflage, C.H. Beck, 2018.
- Keskin A D, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Yetkin, 2016.
- Kırca Ç, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *AÜHFD*, 50(1), 2001, s. 91-119.
- Kırca İ, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 3. Baskı, Onikilevha, 2022.
- Leuschner L, “BGB § 22 Wirtschaftlicher Verein”, Franz Jürgen Saecker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg) *Münchener Kommentar zum BGB, Band 1*, 9. Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Linsenmaier W, “GG Art. 9 [Vereinigungsfreiheit]”, Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. Auflage, C.H. Beck, 2022.
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 8. Baskı, Onikilevha, 2017.
- Oftinger K/Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Schultess, 1995.
- Oğuzman M K/Seliçi Ö/Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 15. Baskı, Filiz, 2015.
- Oral T, *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, Onikilevha, 2018.
- Özcan Z T, “Derneklerin Faaliyetleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, 80(1), Ocak 2015, s. 99-140.
- Özsunay E, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 5. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat, 2019.
- Rieble V, “§ 220 Koalitionsfreiheit der Koalition”, Heinrich Kiel/Stefan Lunk/Hartmut Oetker (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I*, 5. Auflage, C.H. Beck, 2022.
- Riemer H M, *Berner Kommentar - Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen*, Staempfli, 1990.
- Schmidt K, “Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Taetigkeit”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Maerz 1982, 182. Bd., H. 1/2, s. 1-59.
- Scholz R, “GG Art. 9”, Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar Band II*, 96. Lieferung, C.H. Beck, 2021.
- Schwerdtfeger G, *Induvielle und kollektive Koalitionsfreiheit*, Springer, 1981.
- Serozan R, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 8. Baskı, Onikilevha, 2022.
- Sur M, “Sendika Yöneticilerine Ödenecek Ücretler”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II*, Beta, 2011, s. 1597-1621. (Ödenecek Ücretler)

- Sur M, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 10. Baskı, Turhan, 2022.
- Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku*, Onikilevha, 2020.
- Treber, Jürgen; “§ 189 Schutzbereich der Koalitionsfreiheit”, Günter Schaub (Hrsg.), *Arbeitsrecht Handbuch*, 19. Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Tuncay A C/Savaş Kutsal B, *Toplu İş Hukuku*, 7. Bası, Beta, 2019.
- Türe G/Uçar A, “Sendika Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası”, *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, C. II*, Yetkin, 2022, s. 1477-1508.
- Türe G, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, LYKEION, 2022.
- von Stetten W, *Was Regelt Das Arbeitsrecht?*, Springer, 1987.
- Wagner G, “§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung”, Franz Jürgen Saecker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB, Band 7*, 8. Auflage, C.H. Beck, 2020.
- Wagner T, “Grenzen der Koalitionsfreiheit”, *öAT*, 2020, s. 180-183.

**TARIMSAL ARAZİNİN SONRADAN TARIM DIŞI AMAÇLARLA  
KULLANILMASINDAN DOLAYI DEĞER ARTIŞI VE MİRASÇILARIN DEĞER  
ARTIŞINI TALEP ETMESİ**

**Gülistan AŞAN\***

**ÖZET**

*Mirasa konu tarımsal arazinin mirasçılardan birine devredilmesinden sonra, araziye tarım dışı kullanım izni verilmesi ve bunun sonucunda arazinin değerinin artması söz konusu olabilir. Uygulamada özellikle araziye imar izni verilmesi ve arazinin konut, sanayi veya ticaret alanı olması, değerinin büyük oranda artmasını sağlamaktadır. Bu durumda, tarımsal araziye gelir değeri üzerinden devralan mirasçı, diğer mirasçılar aleyhine haksız menfaat elde etmektedir. Mirasçılar arasındaki dengenin korunması ve diğer mirasçılardan değer artışından yararlanmalarının sağlanması için, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu'na eklenen 8/C maddesinin 5. fıkrasında düzenleme getirilmiştir. Diğer mirasçılardan söz konusu değer artışından yararlanmaları, bu düzenlemede yer alan belli şartların varlığı halinde mümkün olmaktadır. Bu çalışmada değer artışının talep edilmesinin koşulları incelenmiş, hükümdede açıklık bulunmayan hususlar eleştirilmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur.*

**Anahtar Kelimeler:** *Tarımsal arazi, değer artışı, miras, mirasçı, değer artışından doğan talep hakkı.*

**INCREASE IN VALUE AFTER NON-AGRICULTURAL USE OF AGRICULTURAL  
LANDS AND DEMANDING INCREASED VALUE BY THE HEIRS**

**ABSTRACT**

*After the transfer of the inherited agricultural land to one of the heirs, it may be possible to grant non-agricultural use permission to the land and increase the value of the land as a result. In practice, especially the granting of zoning permission to the land and the fact that the land is a residential, industrial or commercial area increase its value to a large extent. In this case, the heir who takes over the agricultural land based on its income value gains an unfair advantage over the other heirs. In order to protect the balance between the heirs and to ensure that other heirs benefit from the increase in value, With Law Code 6537 on Amending the Law on Soil Conservation and Land Use, a regulation was made in the 5th paragraph of article 8/C added to the Soil Conservation and Land Use Law Code 5403. Other heirs can benefit from the said increase in value, provided that certain conditions in this provision are met. In this study, the conditions for demanding an increase in value were examined, the issues that were not clear in the provision were criticized and solutions were presented.*

**Keywords:** *Agricultural land, increase in value, heritage, heir, entitlement to profits.*

---

\* **Doktora Öğrencisi,** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** gulistanasan1@gmail.com,

**ORCID:** 0000-0003-4530-1037

**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1162889

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 16/08/2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 07/11/2022

## GİRİŞ

Terekede yer alan tarımsal arazinin mirasçılardan birine devredilmesinden sonra, mirasçı arazinin bireysel mülkiyetini devir ile kazanmakta ve mirasçılar arasındaki ilişki tarımsal arazi bakımından sona ermektedir. Tarımsal arazinin mülkiyetini devralan mirasçı, mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkilere bir bütün olarak sahip olmaktadır. Devralan mirasçı, mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkilere dayanarak araziye dilediği şekilde kullanma, araziden yararlanma ve araziye dilediği hukukî işleme konu edebilme hakkına sahiptir. Ancak mülkiyeti devredilen arazinin tarımsal niteliğe sahip olması, devralan mirasçının tasarruf yetkisine birtakım sınırlandırmalar getirmektedir. Mirasçı, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu'nun 8. maddesinde düzenlenen sınırlandırmalar dahilinde araziye kullanmakta serbesttir.

Mirasçı, devre konu araziye tarım yaparak kullanabileceği gibi, tarım dışı kullanım izni verilmesi durumunda tarım dışı amaçlarla da kullanabilecektir. Tarım arazisinin, tarımsal faaliyet dışında başka amaçlarla kullanılmasının nedenlerini temel olarak kentleşme, tarım dışı alanlardaki gelişmeler ve sanayileşme olarak saymak mümkündür. Ayrıca kentsel gelişme ile beraber kentsel alanda ortaya çıkan rantın, tarımsal getiriye göre daha yüksek olması ve tarım alanlarının kısa vadede ekonomik getirisinin daha düşük olması, söz konusu arazinin tarım dışı amaçla kullanılmasına neden olmaktadır. Özellikle, tarımsal arazinin bulunduğu bölgenin imara açılması ve arazinin konut alanı olması sonucu, arazinin değerinde artış meydana gelmesi mümkündür. Böyle bir durumda devralan mirasçının, diğer mirasçılar aleyhine haksız bir menfaat elde etmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, mirasçılar arasındaki dengenin korunması ve diğer mirasçıların söz konusu değer artışından yararlanmalarının sağlanması için, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen 8/C maddesinin 5. fıkrası ile bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre, *“Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde bir artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir.”*

Anılan hükümde, diğer mirasçıların değer artışını talep edebilmeleri için birtakım koşulların varlığı aranmaktadır. Buna göre, terekede yer alan tarım arazisinin mirasçılardan



birine devrinden itibaren 20 yıl içinde, arazinin tarım dışı kullanımından dolayı bir değer artışının ortaya çıkması gerekmektedir. Bu şartların varlığı halinde, tarımsal arazinin devredildiği tarihteki değeri ile tarım dışı kullanım izni verildiği tarihteki değeri arasındaki fark, mülkiyeti devralan mirasçı tarafından diğer mirasçılara payları oranında ödenir. Hükümde tarım dışı kullanım izninden bahsedilmiş olması hükmün, tarım dışı kullanım izni alınmadan fiilen tarım dışı kullanılması halinde ortaya çıkan değer artışı talebine uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir tartışmaya neden olmaktadır. Ayrıca hükmün, mirasçılarının anlaşarak tarımsal araziye mirasçılardan birine devretmesi halinde de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle mirasçılarının ortaya çıkan değer artışını talep edebilme koşullarının ayrıntılı bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Çalışmamız kapsamında, öncelikle diğer mirasçılarının tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı nedeniyle ortaya çıkan değer artışını talep edebilmeleri için aranan koşullar açıklanacaktır. Bunun yanı sıra, değer artışı talebinin hukukî niteliği incelenecek, tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı nedeniyle ortaya çıkan değer artışının ne şekilde belirleneceği ve bu değer artışının ödenmesi hususu ortaya konulacaktır. Son olarak değer talebinin uygulanacak zamanaşımı süresi ve bu talebe ilişkin açılacak davada görevli ve yetkili mahkeme tespit edilmeye çalışılacaktır.

## I. DEĞER ARTIŞININ TALEP EDİLMESİNİN ŞARTLARI

### A. Tarımsal Arazinin Mülkiyetinin Mahkeme Kararıyla Mirasçılardan Birine Devredilmesi

Tarımsal işletmelerin paylaşılmasına ilişkin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)<sup>1</sup> m. 659-668 hükümleri arasında düzenlenen özgüleme sistemi<sup>2</sup> 30.04.2014 tarihli 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>3</sup> ile terk edilmiştir. Bunun yerine 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun (TKAKK)<sup>4</sup> m. 8/B vd. hükümlerinde mülkiyetin devri<sup>5</sup> sistemi getirilmiştir<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> RG, 08.12.2001, 24607.

<sup>2</sup> Özgüleme sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İpek Sağlam, "Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16(1-2), 2010, s. 201-231; M. Çağrı Bağatur, "Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (3), 1999, s. 858-878.

<sup>3</sup> RG, 15.05.2014, 29001.

<sup>4</sup> RG, 19.07.2005, 25880.

<sup>5</sup> Öğretide, "özgüleme" sistemi yerine "mülkiyetin devri" sisteminin getirilmesinin isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, terekede yer alan bir mal veya hakkın mirasçılardan birine

Terekede yer alan tarımsal arazilerin devrini öngören sistemde, tarımsal arazilerin devri belli koşulların varlığı halinde mümkün olmaktadır. Bu durum miras hukukunda, mirasın paylaşılmasına hâkim olan eşitlik ilkesi<sup>7</sup> ve irade serbestisi gibi ilkelerin istisnasını oluşturmaktadır<sup>8</sup>. 6537 sayılı Kanun ile 5403 sayılı Kanun’a eklenen “*Mirasa konu tarımsal araziler ile tarımsal arazilerin devri*”<sup>9</sup> başlıklı 8/B maddesi, mülkiyetin devri sisteminin başlangıç noktasını oluşturup<sup>10</sup>, 1. fıkrası “*Mirasa konu tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır (TKAKK m. 8/B/I).*” hükmünü içermektedir. Hükmün 2. fıkrasında, “*Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemleri mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanır. Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması ve 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmaması hâlinde, bu Kanunun 8/Ç maddesi hükümleri uygulanır (TKAKK m. 8/B/II).*” düzenlemesi yer almaktadır. 6537 sayılı Kanun ile getirilen mirasa konu tarımsal arazilerin mülkiyetinin devrinin düzenlendiği bu hüküm

özülenmesiyle o mirasçı özgülenen mal veya hakkın maliki olur. Başka bir anlatımla, tarımsal arazinin veya tarımsal işletmenin mülkiyeti özgüleme ile geçmektedir. Dolayısıyla, “*özgüleme*” sistemi yerine “*mülkiyetin devri*” sisteminin getirilmesinin hukukî dayanağının olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt-III*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 313-314; Cevdet Yavuz, Murat Topuz, “*Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanun’un Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın’a Armağan*, 21(2), 2015, s. 673; Ömer Bağcı, “*Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*”, Tuğçe Tuzcuoğlu, A. Hulki Cihan (Ed), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 460; Nurchihan Dalcı Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 70-71; Kemal Erdoğan, “*Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2016, s. 134 vd.; Ancak nitelik olarak özgüleme sistemi ile örtüşse de biz çalışmamızda TKAKK’da yer verilen mülkiyetin devri terimini kullanacağız.

<sup>6</sup> Mustafa Dural / Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 510; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 583-584; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, 2016, s. 327-328; Fikret Eren / Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017, s. 161-162; Osman Açıkgöz, *Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 3; Osman Levent Özay, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, Yetkin Yayınları, 2015, s. 148; Bünyamin Kartal, “*6537 Sayılı Kanun ile 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na Getirilen Değişikliklerin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi*”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(3), 2019, s. 846-847; Murat Aydoğdu, “*Toprak Sistemimiz ve Bir Yerel Mahkeme Kararının Düşündürdükleri: 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu’nun Müşterek (Ortak) Mülkiyet İlişkisinde ve Ortaklığın Giderilmesi (İzalei Şuyu) Davasında Hangi Kapsamda Uygulanması Gerektiği Konusundaki Değerlendirmeler*”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertay’a Armağan*, 19(Özel Sayı), 2017, s. 10; A. Nilay Şenol, Özge Uzun Kazmacı, “*5403 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası*”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(1), 2020, s. 166; Dalcı Özdoğan, s. 65-66; Bağcı, s. 457-458.

<sup>7</sup> Y. 3. HD., T. 02.07.2014, E. 2014/3792, K. 2014/10912, <www.legalbank.net> (E.T.: 04.06.2022).

<sup>8</sup> Özay, s. 154; Kartal, s. 847; Şenol/Uzun Kazmacı, s. 164; Serap Altun, *Bölünemeyen Tarımsal Arazilerde Mülkiyet Hakkının Devri*, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 36.

<sup>9</sup> 28/10/2020 tarihli ve 7255 sayılı Kanununun 18. maddesi ile 8/B maddesinin başlığında yer alan “*yeter gelirli*” ibaresi madde başlığından, birinci fıkrasında yer alan “*tarımsal arazi ve yeter gelirli*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

<sup>10</sup> Bağcı, s. 46; Kartal, s. 847.

emredici niteliktedir<sup>11</sup>. Bu hükmün emredici nitelikte olması nedeniyle, mirasçıların terekede yer alan tarımsal arazinin devri konusunda kanunda belirtilen seçeneklerden birine başvurmaları zorunludur<sup>12</sup>. TKAKK m. 8/B ve m. 8/H arasındaki hükümleri incelendiğinde mirasa konu tarımsal arazilerin paylaşımı iki şekilde olabilir. Mirasa konu tarımsal arazilerin devrinde, öncelikle mirasçılar aralarında anlaşarak araziyi birine devredebilirler. Bu şekilde devir gerçekleşmediği takdirde, mahkeme kararıyla mirasçılardan birine devir gerçekleşir<sup>13</sup>.

Mirasçıların TKAKK m. 8/C/V hükmü kapsamında tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı nedeniyle ortaya çıkan değer artışından pay talep edebilmeleri için öncelikle, tarımsal arazinin mahkeme kararıyla mirasçılardan birine devredilmesi gerekmektedir<sup>14</sup>. Mirasçıların mahkemede, arazinin mirasçılardan birine devredilmesi konusunda sulh olmaları ve bunun mahkemece tutanağa geçirilmesi halinde de değer artışından pay istenebilir. Ayrıca mirasçıların bir araya gelerek arabuluculuk görüşmeleri sonucu tarım arazisinin mülkiyetinin hangi mirasçıya devredileceğini kararlaştırmaları da mümkündür. Mirasçıların anlaşamamaları ve tarım arazisinin hangi mirasçıya devredileceğini mahkemeden talep etmeleri halinde, hâkim arazinin mülkiyetini ehil mirasçıya devredecektir. Arabuluculuk görüşmelerinde taraflar özgür iradeleriyle, tarım arazisinin mülkiyeti bakımından kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla karar alabilirler<sup>15</sup>. Bu bağlamda mirasçıların, değer artışına ilişkin bu talebi arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşma ile ortadan kaldırmaları veya değiştirmeleri de mümkündür.

<sup>11</sup> Serozan/Engin, s. 584; Özay, s. 152; Bağcı, s. 458, s. 461; Erdoğan, s. 133; Kartal, s. 848; Şenol/Uzun Kazmacı, s. 166; Ş. Barış Özçelik, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(1), 2015, s. 93; Hayrunnisa Özdemir, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 161; Ayşe Nur Merve Yazıcı, *Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018, s. 135; Arzu Kalenderoğlu, *5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri*, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s. 30; Okan Yıldız, Bayram Uzun, Yakup Emre Çoruhlu, “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali ve Sağlararası İşlemlerle Devrine İlişkin Kısıtlamalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (33), 2018, s. 107.

<sup>12</sup> Şenol/Uzun Kazmacı, s. 166; Açıkgöz, s. 3-4; Bağcı, s. 458; İsmet İpek Kavasoglu / Cengiz Sayın, “Tarımsal Arazilerin Miras ve Satış Yoluyla Devrinde Anlaşmazlık Durumları ve Çözüm Önerileri”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tarım ve Doğa Dergisi*, 21(Özel Sayı), 2018, s. 137.

<sup>13</sup> Tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öz, s. 517; Çabri, *Cilt-III*, s. 322 vd.; Serozan/Engin, S. 584 vd.; Ayan, *Miras*, s. 330; Fikret Eren / İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 645; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 161 vd.; Yavuz/Topuz, s. 683; Özçelik, s. 93 vd.; Erdoğan, s. 149 vd.; Dalcı Özdoğan, s. 90; Bağcı, s. 463 vd.; Kartal, s. 849 vd.; Şenol/Uzun Kazmacı, s. 167 vd.; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 14. Basım, Der Yayınları, 2018, s. 508; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 593; Özlem Sarı Fidan, *Miras Ortaklığı*, Adalet Yayınevi, 2016, s. 120.

<sup>14</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 356; Özçelik, s. 65; Erdoğan, s. 171, dn. 128; Eren / Yücer Aktürk, s. 659; Eren/Başpınar, s. 187.

<sup>15</sup> Miray Özer Deniz, “Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2020, s. 36.

Mirasçılarının kendi aralarında anlaşarak tarımsal araziye mirasçılardan birine, aile malları ortaklığına, limited şirkete veya üçüncü bir kişiye devretmeleri halinde, tarım dışı kullanıma bağlı olarak meydana gelen değer artışının istenmesi mümkün değildir<sup>16</sup>. Ayrıca mahkemece arazinin üçüncü kişilere artırma yoluyla satılması durumunda da, mirasçılar değer artış talebinde bulunamaz. Bu sonuca, Tarımsal Arazilerin Mülkiyetin Devrine İlişkin Yönetmelik'in (TAMDİY)<sup>17</sup> “*Mirasa konu tarımsal arazilerde değer artışı*” başlığını taşıyan m. 11/6. hükmünde yer alan düzenlemeden yola çıkarak ulaşmak mümkündür. Yönetmelik'in 11/6. maddesinde, sulh hukuk hakimi tarafından mirasa konu tarım arazilerinin açık artırma yolu ile satılmasına karar verilmesi veya mirasçılarının 9 uncu maddenin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca anlaşması durumunda, söz konusu arazilerde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşabilecek değer artışı konusunda yirmi yıllık şerh konulamayacağı düzenlenmiştir. Öğretide de bu hükmün, tarım arazilerinin artırma yolu ile satılması veya anlaşma sonucu mirasçılardan birine devredilmesi sonucu ortaya çıkan değer artışının istenemeyeceğini, düzenlediği ifade edilmektedir<sup>18</sup>.

Kanaatimizce de Yönetmelik m. 11/6 hükmü, tarım arazisinin hem açık artırma ile üçüncü kişiye satışı hem de mirasçılarının anlaşarak tarım arazisini devretmeleri sonucu ortaya çıkan değer artışının istenemeyeceğini düzenlemiştir. Ayrıca Yönetmelik'in 11. maddesinin 2. fıkrası “*Tarım arazilerinin Kanun hükümlerine göre mahkeme kararı ile mirasçılardan birine tarımsal gelir değeri üzerinden devri halinde, devir işleminden itibaren yirmi yıllık süre içinde tarım dışı amaçla kullanım izni sonucu oluşacak değer artışından diğer mirasçılarının hak sahibi olacağı konusunda tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere mirasçılarının, tarım dışı kullanım izni sonucu ortaya çıkacak değer artışını talep etme hakları konusunda tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulur<sup>19</sup>. Bu düzenleme ile şerhin eşyaya bağlı borç etkisine yer verilmiştir. Dolayısıyla Yönetmelik'in m. 11/6 hükmünde değer artışı konusunda mirasçılarının hak sahibi olacağına ilişkin şerh konulamayacağını düzenlenmesi, tarım arazisinin mirasçılarının anlaşması veya mahkemece açık artırma ile üçüncü kişiye devri sonucu tarım dışı kullanım sebebiyle ortaya çıkacak değer artışının talep edilemeyeceği sonucunu doğurmaktadır.

## **B. Tarımsal Arazinin Tarım Dışı Kullanılması**

Mirasçılarının, tarım arazisinin devredildiği mirasçıdan değer artışını talep edebilmeleri

<sup>16</sup> Dalcı Özdoğan, s. 140.

<sup>17</sup> RG, 31.12.2014, 29222.

<sup>18</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 356; Özçelik, s. 101; Kalenderoğlu, s. 65, dn. 213.

<sup>19</sup> Bu konudaki eleştiriler için bkz. aşağıda III. başlık altında yer verilen açıklamalar.

için tarım arazisinin tarım dışı kullanılması gerekmektedir<sup>20</sup>. TKAKK m. 8/C/V hükmünde yer verilen “*tarım dışı kullanım*” ifadesi, değer artışının tarım dışı kullanım sonucu ortaya çıkması gerektiği sonucuna varılmasını sağlamaktadır. Hükümde tarım dışı kullanım ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine yönelik bir açıklamaya yer verilmemiştir. Devralan mirasçının tarım arazisini tarım dışı kullanmasına örnek olarak, söz konusu arazinin yer aldığı bölgenin imara açılması verilebilir. Böyle bir durumda tarım arazisinin değerinde artış meydana gelmesi kaçınılmaz olur<sup>21</sup>.

Öğretide, arazinin tarım dışı kullanım olmadan ve hukukî niteliği değişmeden ortaya çıkan değer artışından, diğer mirasçılarının pay talep etme hakkının olmadığı ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Tarım arazisinin yer aldığı bölgede tarımsal altyapı imkanlarının geliştirilmesi veya teknolojik gelişmeler sayesinde kuru tarımdan sulu tarıma geçilmesi sonucunda tarımsal verimin artması, arazinin değerinde artış sağlayabilir. Örneğin Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde yer alan tarım arazileri için Güneydoğu Anadolu Projesi (GAP) kapsamında sulama imkanlarının getirilmesi, bu arazilerin değerinde bir artış sağlayabilir<sup>23</sup>. Ege veya Akdeniz Bölgesi’nde deniz kenarında bulunan tarımsal arazilerin kullanımında bir değişiklik olmamasına rağmen emlak fiyatlarında artış meydana gelmesi de bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kanun’da, mirasçılarının değer artışından pay talep etme hakkı açıkça tarım dışı kullanım şartına bağlandığından, kanaatimizce böyle bir kullanım olmadan ortaya çıkan değer artışından mirasçılarının pay talep etme hakkı olmadığı kabulü gerekir<sup>24</sup>.

### C. Tarım Dışı Kullanım İzni Verilmesi

TKAKK m. 8/C/V hükmünde sözü edilen tarımsal arazinin tarım dışı kullanımının izne tâbi tutulması hususuna da değinmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Hükümün uygulama alanı yalnızca tarım dışı kullanım izni verilen arazilerin değer artışı ile sınırlı tutulmuştur. Hükümde geçen “*arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır*” ifadesinden, değer artışının yalnızca tarım dışı kullanım izni verilen durumlarda ödeneceği anlamı çıkmaktadır. Bu durum hükümün uygulama alanını daraltmaktadır. Zira

<sup>20</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 358; Eren/Başpınar, s. 188; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 169; Özçelik, s. 100-101; Özay, s. 202; Uyumaz/İlhan, s. 879; Dalcı Özdoğan, s. 140; Altun, s. 55.

<sup>21</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 358; Dural/Öz, s. 521; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 169; Özçelik, s. 100; Dalcı Özdoğan, s. 140.

<sup>22</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 358; Özçelik, s. 101.

<sup>23</sup> Altun, s. 56-57.

<sup>24</sup> Kanun’un gerekçesinde de, “*herhangi bir tarım dışı faaliyet nedeniyle değer artışı meydana gelmesi durumunda diğer mirasçıların hak kayıplarının önlenmesi*” amaçlandığı açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Genel Gerekçesi, s. 10. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf>> (E.T.: 11.06.2022).

tarım dışı kullanım izni alınmadan da arazinin fiilen tarım dışı kullanılması halinde değerde yüksek bir artış meydana gelmesi mümkündür.

Öğretide, ister izin alınmış olsun ister izin alınmadan tarım dışı kullanım yapılsın, değer artışının ortaya çıkması durumunda bu hükmün uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle, böyle bir izin alınmadan tarım arazisinin fiilen tarım dışı kullanımı sebebiyle değerinde artışın ortaya çıkması ve devralan mirasçının bundan yararlanması halinde de diğer mirasçılara payları oranında ödeme yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>25</sup>. Karşıt görüşteki yazarlara göre, tarım dışı kullanım sonucu mirasçıların alacak hakkının doğması için, tarım dışı kullanım izninin verilmiş olması gerekir<sup>26</sup>. Kanaatimizce Kanun'da açıkça tarım dışı kullanım izni verilmesi gerektiği ifade edildiğinden, izin alınmadan tarım dışı kullanım yapılması sonucu ortaya çıkan değerden, mirasçılara pay ödenmeyeceği sonucu doğmaktadır.

Öğretide bu hükmeye getirilen bir başka eleştiri ise, asıl amacı toprağın korunması olan bir kanunun tarım dışı kullanımı düzenlemiş olmasıdır. Tarım dışı kullanım izni verilmesi ile ortaya çıkan değer artışını düzenleyen TKAKK m. 8/C/V hükmünün kanunun temel amacına aykırılık oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu yüzden, olabildiğince tarım dışı kullanımın önüne geçilerek, tarımsal arazinin tarım yapma amacıyla kullanımına devam edilmesi ve mirasçıların hakları arasında ortaya çıkabilecek eşitsizliğin ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>27</sup>.

TKAKK'nın 1. maddesinde bu kanunun amacının; toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemek olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bu kanunun esas amacı toprağın korunmasıdır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için kanunda mülkiyet hakkına birçok kısıtlama getirilmiştir<sup>28</sup>. Ancak hükümde tarım dışı kullanım iznine yönelik hiçbir zorlayıcı şarta yer verilmemiştir.

---

<sup>25</sup> Özay, s. 202; Uyumaz/İlhan, s. 879; Dalcı Özdoğan, s. 140; Altun, s. 55-56.

<sup>26</sup> Serozan/Engin, s. 588 dn. 63.

<sup>27</sup> Özay, s. 202; Uyumaz/İlhan, s. 879; Dalcı Özdoğan, s. 140; Altun, s. 56.

<sup>28</sup> Bkz. Hayriye Şen Doğramacı, "6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 2016, s. 69-94; Melek Bilgin Yüce, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu İle Getirilen Kanunî Kısıtlamalar", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2011, s. 104-140.

Öğretide de belirtildiği üzere, tarım dışı kullanım izninin verilmesi kamu yararını gerektirdiği durumlarda mümkün olmalıdır<sup>29</sup>. Nitekim Danıştay da, kamusal yararın bulunduğu durumlarda tarım dışı kullanım izninin verilebileceğini kabul etmektedir<sup>30</sup>. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında, devletin tarımsal arazilerin tarım dışı kullanımını engelleme görevi olduğunu; ancak kamusal yararın bulunduğu durumlarda tarım dışı kullanım izni verilebileceğini ifade etmiştir<sup>31</sup>. Ayrıca TKAKK'nın "*Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı*" başlıklı 13. maddesinde tarım arazilerinin, tarımsal amaç dışında kullanılmayacağı, ancak alternatif başka bir alanın bulunmaması durumunda kamu yararının gerektirmesi nedeniyle buna izin verilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, tarım arazilerinin tarımsal faaliyette kullanılması esas olmakla birlikte, anılan hükümde yer alan durumların bulunması halinde başka bir çözüm yolu yoksa arazinin, kamu yararı gereği amaç dışı kullanımına izin verilebilir<sup>32</sup>.

#### **D. Tarımsal Arazinin Tarım Dışı Kullanımı Nedeniyle Bir Değer Ortaya Çıkması**

Tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı sonucu ortaya bir değer çıkmışsa, diğer mirasçılar devralan mirasçıdan pay talep edebilir. Tarım dışı kullanım sebebiyle ortaya bir değer çıkmıyorsa, mirasçıların pay talep etme hakkı da doğmaz<sup>33</sup>. Nitekim TKAKK m. 8/C/V'de tarımsal arazinin, "*tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi*" gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı nedeniyle değerinde bir artış meydana gelmiyorsa bu durumda pay talep etme hakkı da söz konusu olmaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki tarımsal arazinin tarım amaçlı kullanılması halinde değerinde bir artış meydana gelmişse, bu değerden diğer mirasçıların pay talep etme hakkı olmaz<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Uyumaz/İlhan, s. 879; Altun, s. 56.

<sup>30</sup> "...Anayasa koyucu, tarım arazilerinin sınırlılığını gözeterek bunların korunmasına ve amacı dışında kullanımının engellenmesine yönelik tedbirler alınmasını bir ödev olarak Devlete yüklemiş ise de bunun mutlak bir yasaklamayı ifade ettiği ve tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına hiçbir koşulda izin verilmeyeceği söylenemez. Sosyal veya ekonomik bazı ihtiyaçlar, tarım topraklarının başka amaçlarla kullanımını zorunlu hâle getirebilmektedir. Bu gibi durumlarda, bir bölgenin tarım arazisi olarak kullanımına devam edilmesi, bir takım ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanamamasına ve neticede daha büyük kamusal yararların zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle, alanın tarım arazisi vasfının ortadan kaldırılmasının, söz konusu alanın tarım arazisi olarak kullanımına devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, ilgili bölgenin tarımsal üretim amacı dışında kullanılmasına imkân sağlanmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır..." bkg. D. 17. Daire, T. 22.12.2015, E. 2015/6020, K. 2015/6202, <www.lexpera.com> (E.T.: 29.04.2022).

<sup>31</sup> "...bir alanın tarım arazisi vasfının ortadan kaldırılmasının, söz konusu alanın tarım arazisi olarak kullanımına devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, ilgili bölgenin tarımsal üretim amacı dışında kullanılmasına imkân sağlamasına anayasal bir engel bulunmamaktadır..." bkg. AYM., T. 05.03.2015, E. 2014/147, K. 2015/25, RG., T. 03.04.2015, 29315 (29.04.2022).

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkg. Bilgin Yüce, s. 113-115.

<sup>33</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 358; Özay, s. 201-202; Dalcı Özdoğan, s. 140.

<sup>34</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 358.

Değerden ne anlaşılması gerektiği konusunda Kanun'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce buradaki değerden tarım arazisinin gerçek değerinin anlaşılması gerekir. Gerçek değer, bir malın piyasadaki normal koşullarda alım satım değeridir<sup>35</sup>. Dolayısıyla tarım dışı kullanım izni sonucu ortaya çıkan değer yani mirasçılara ödenecek değer, arazinin mirasçılardan birine devredildiği tarihteki gelir değeri ile tarım dışı kullanım izni verildiği tarihteki gerçek değeri yani piyasa değeri arasındaki farktır<sup>36</sup>. Öğretide, TKAKK m. 8/C/V hükmünün arazinin satış değeri ile gelir değeri arasındaki farkı düzenlediği ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

### **E. Değer Artışının Tarımsal Arazinin Devrinden Sonraki Yirmi Yıl İçinde Ortaya Çıkması**

Mirasçıların, tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı nedeniyle ortaya çıkan değer artışından pay talep edebilmeleri için bu değer artışının, tarımsal arazinin devrinden sonraki yirmi yıl içinde ortaya çıkması gerekir<sup>38</sup>. Kanunda açıkça değer artışının, devir tarihinden itibaren yirmi yıl içinde ortaya çıkması arandığından, mirasçılar yirmi yıl geçtikten sonra ortaya çıkan değer artışından pay talep edemez. Bu durumun hukukî açıdan eleştiriye açık olduğunu ifade etmek gerekir. Nitekim öğretide amacı toprağın korunması olan bir kanunun, tarım dışı kullanım istisnasını yalnızca 20 yıllık bir süreye bağlamasının Kanun'un amacıyla bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Tarım dışı kullanımın önüne geçilmesi için değer artış payının ödenmesinin herhangi bir süreye bağlanmaması ve ne kadar süre geçmiş olursa olsun değer artış farkından diğer mirasçıların yararlanmasının daha yerinde olacağı belirtilmektedir<sup>39</sup>.

## **II. DEĞER ARTIŞI TALEBİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ**

Değer artış talebinin hukukî niteliğinin belirlenmesi, uygulanacak hükümlerin tespiti açısından önem taşımaktadır. Öğretideki baskın görüşe göre diğer mirasçıların, tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı sonucu ortaya çıkan değer artışı talebi, doğrudan kanundan

<sup>35</sup> Özay, s. 194; Erdoğan, s. 167.

<sup>36</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 358; Dalcı Özdoğan, s. 141.

<sup>37</sup> Altun, s. 54.

<sup>38</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 359; Dural/Öz, s. 522; Eren/Yücer Aktürk, s. 659; Eren/Başpınar, s. 187; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 169; Özçelik, s. 101; Özay, s. 202; Uyumaz/İlhan, s. 880; Dalcı Özdoğan, s. 140; benzer bir düzenlemeye İsviçre Hukuku'nda da yer verilmiştir. Tarımsal Toprak Hukuku Hakkında Federal Kanun'un ( Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht- BGBB) 28. maddesinde bu süre 25 yıl olarak düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Özçelik, s. 100 dn. 30; Magnus Hinderstmann, Michael Myßen, *Die Erbschafts-und Schenkungssteuern der Schweizer Kantone*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2003, s. 235-236; tarımsal işletmenin tahsisinden sonra daha yüksek bir bedelle satılması halinde diğer mirasçıların aradaki farkı talep edebilmelerine ilişkin, İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga 619. maddesi hakkında bilgi için bkz. Aydın Zevkliler, *Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi*, Sevinç Matbaası, 1970, s. 173-174.

<sup>39</sup> Özay, s. 202; Uyumaz/İlhan, s. 880; Yavuz/Topuz, s. 686; Altun, s. 55.



doğan bir alacak hakkıdır<sup>40</sup>. Tarımsal arazi, mahkeme kararıyla mirasçılardan birine gelir değeri üzerinden devredildiğinden, daha sonra tarım dışı kullanım nedeniyle ortaya çıkan değer artışından diğer mirasçıların yararlanmaları için doğrudan kanundan doğan bir alacak hakkı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, tarım arazisi mirasçılardan birine devredildikten sonra, mirasçılar arasındaki ortaklık tarım arazisi bakımından sonra erdiğinden, bu hak mirasın paylaşılmasından bağımsız bir alacak hakkıdır. Bu hakka sahip mirasçının ölümü halinde küllî halefiyet ilkesi<sup>41</sup> gereği onun mirasçıları da aynı hakka sahip olacaktır. Ayrıca değer artışını talep edebilecek her mirasçı, bu alacak hakkını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)<sup>42</sup> m. 183 vd. hükümleri kapsamında bir başkasına da devredebilir. Tarımsal arazinin devredildiği mirasçının ölümü halinde, değer artış talebi onun mirasçılarına karşı da ileri sürülebilir<sup>43</sup>.

### III. DEĞER ARTIŞ TALEBİNİN ŞERHİ

Tarımsal arazilerin tarım dışı kullanımı nedeniyle ortaya çıkan değer artışını 20 yıllık süreyle güvence altına almak için, TAMDİY m. 11/2 hükmü ile şerh imkânı getirilmiştir. Bu hükme göre, tarımsal arazinin mahkeme kararıyla mirasçılardan birine devri halinde, devir işleminden itibaren 20 yıllık süre içinde tarım dışı amaçla kullanım izni neticesinde ortaya çıkacak değer artışından diğer mirasçıların hak sahibi olacağı konusunda, tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulur<sup>44</sup>. Hükümde diğer mirasçıların, devir tarihinden itibaren 20 yıllık süre içinde ortaya çıkacak değer artış talebi güvence altına alınmış olsa da, bu hüküm eleştiriye açıktır. Öncelikle, iki farklı kayıt türünü belirten “*şerh*” ve “*beyan*” kavramları birleştirilmek suretiyle teknik açıdan hatalı bir ifade biçimi ortaya konulmuştur. Şerh, hukuk düzeninin sınırlı bir şekilde öngördüğü birtakım hususların tapu kütüğünün şerhler sütununa yazılmasıdır. Tapu kütüğünün şerhler sütununa, TMK'nın 1009-1011 maddeleri arasında düzenlenen, “*bazı kişisel haklar, taşınmaz malikinın tasarruf yetkisini kısıtlayan işlemler ve*

<sup>40</sup> Serozan/Engin, s. 588; Dural/Öz, s. 522; Çabri, *Cilt-III*, s. 356; Özçelik, s. 100; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 169; Erdoğan, s. 171; Dalcı Özdoğan, s. 145.

<sup>41</sup> Miras hukukunda küllî halefiyet ilkesinin kanunî dayanağı TMK m. 599'dur. Bu hüküm gereği, mirasbırakanın ölümü ile mirasçılar, mirasbırakanın terekesinin tamamını yani terekede yer alan tüm aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı değerlerini doğrudan doğruya kazanırlar. Mirasbırakanın borçlarından da kişisel olarak sorumlu olurlar. Bkz. Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 419 vd.; Yasemin Maraşlı Dinç, *Miras Hukukunda Küllî Halefiyet İlkesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 20.

<sup>42</sup> RG, 04.02.2011, 27836.

<sup>43</sup> Özçelik, s. 100-101; Dalcı Özdoğan, s. 145; BGBB 28/II'de de bu hakkın başkasına temlik edilebileceği gibi, küllî halefiyet ilkesi gereği mirasçılara geçeceği belirtilmiştir. Bkz. Hindersmann/Myßen, s. 236.

<sup>44</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 356; Eren/Yücer Aktürk, s. 659; Eren/Başpınar, s. 187; Dalcı Özdoğan, s. 143; Uyumaz/İlhan, s. 880.

*geçici tescil*” şerh verilebilir<sup>45</sup>. Beyan ise, bir taşınmazın hukukî ve fiilî durumuna ilişkin olup, aynî hak sahipliğini doğrudan etkilemeyen birtakım hususların aleni duruma getirilmesi için tapu kütüğüne yazılmasıdır<sup>46</sup>.

Değer artışının hukukî veya fiilî durumuna ilişkin bir belirtme yapılmak isteniyorsa bu durum beyanlar hanesine yazılır. Ancak Yönetmelik’te yer alan ifadeden şerh verilmesi gerektiği sonucu ortaya çıktığında, bu kaydın ancak tapu kütüğünün şerhler kısmına yazılması gerekir. Amaçsal yorum yapıldığı takdirde, Yönetmelik’te yer alan ifadeden şerh verilmek istendiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Nitekim şerh ile mirasçıların alacak hakkı güvence altına alınmak istenmektedir. Fakat, şerhler yalnızca kanunda düzenlendiği takdirde yazılır. Bu sebeple öğretide de ifade edildiği üzere, tapu kütüğüne yazılacak şerhin Yönetmelik’te düzenlenmesi hukuka aykırıdır. Böyle bir şerhin kanunda düzenlenmesi gerekirdi<sup>47</sup>. Şerh verilmesi, mirasçıların alacak hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürmesi imkânı tanımaktadır. Nitekim TAMDİY m. 11/3 hükmünde, diğer mirasçıların onayı alınmadan taşınmazı şerhli satın alan üçüncü kişilerin de yirmi yıllık süre içinde ortaya çıkacak değer artışından diğer mirasçılara karşı sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla şerhin etkisi, üçüncü kişilerin diğer mirasçılardan onay alınmadan taşınmazı satın alması halinde ortaya çıkacaktır. Bu nedenle değer artış talebinin, taşınmazı şerhli satın alan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi hususunun yönetmelikte değil, kanunda yer alması gerekir<sup>48</sup>.

#### IV. TARIM DIŞI KULLANIM İZİNİNİN MİRASÇILARA BİLDİRİLMESİ

Kanun’da mirasçılardan birine devredilen tarımsal araziye tarım dışı kullanım izni verildiği takdirde bu durumdan diğer mirasçılarının ne şekilde haberdar olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. TAMDİY m. 11/4’te buna ilişkin özel bir hüküm tesis

<sup>45</sup> Şerhler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, 2016, s. 212 vd.; Turhan Esener / Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 180 vd.; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 401-402; O. Gökhan Antalya / Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt: IV/I*, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 662-663; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 211; Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2018, s. 314 vd.; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2018, s. 170.

<sup>46</sup> Beyanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 224; Esener/Güven, s. 191; Ayan, *Eşya*, s. 422; Antalya/Topuz, s. 678; Sirmen, s. 228; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 333; Ertaş, s. 180 vd.

<sup>47</sup> Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 171; Özçelik, s. 101-102 dn. 35; Uyumaz/İlhan, s. 880; Erdoğan, s. 171-172 dn. 128; benzer yönde bkz. Özay, s. 203; hukukumuzda ikinci ve en yaygın düzenleyici işlem türü olan yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla çıkarılırlar, bkz. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 78; yönetmeliklerle kanuna aykırı hüküm getirilemeyeceği gibi, kanun hükmünde yer almayan ya da öngörülmeven hususların yönetmelikle düzenlenmesinin mümkün olmadığı konusunda bkz. Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021, s. 49.

<sup>48</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 357-358; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 171; Özay, s. 203; Uyumaz/İlhan, s. 880.

edilmiştir. Anılan hükme göre, mirasçılardan birine devredilen tarımsal arazilerin 20 yıllık şerh süresi içinde tarım dışı kullanımına izni verilmesi halinde, Bakanlık<sup>49</sup> tarafından on beş gün içinde diğer mirasçılara, böyle bir iznin verildiğinin bildirilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Hükümün devamında mirasçılarının, kendilerine yapılan bildirim tarihinden itibaren 60 günlük süre içinde değer artışına ilişkin talepte bulunmalarının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden, 60 günlük sürenin hak düşürücü olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Bakanlık'ın mirasçılara yaptığı bildirimden itibaren mirasçılar 60 günlük süre içinde başvuruda bulunmazlarsa değer artışından doğan alacak haklarını kaybedeceklerdir. Dolayısıyla bu süre içinde talepte bulunmayan veya bildirimden haberi olmayan mirasçılarının talep hakkı olmayacaktır. Öğretide de bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Ancak bir alacak hakkının 60 gün gibi kısa bir hak düşürücü süreye tabi tutulması, üstelik bu sürenin kanunda değil, yönetmelikte yer alması eleştiriye açıktır. Nitekim kanunda düzenlenmeyen hak düşürücü sürenin yönetmelik ile düzenlenmesi hukuka aykırıdır<sup>52</sup>. Bu nedenle uygulamada süre konusunda ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta hâkimin, kanuna aykırı olan yönetmelik hükmünü dikkate almaması ve mirasçılarının hak düşürücü süreye tâbi olmadan değer artışı talebini ileri sürebilmesi gerekir<sup>53</sup>. Yargıtay farklı bir konuya ilişkin verdiği bir kararında, kanunda yer alan bir boşluğun yönetmelik hükmü ile doldurulmaya çalışılmasını ve yönetmelikte daha kısıtlayıcı ve hak kaybına neden olabilecek bir usule yer verilmesini hukuka aykırı bularak, kanuna aykırı olan yönetmelik hükmünün uygulanmayacağına hükmetmiştir<sup>54</sup>.

## V. TARIMSAL ARAZİNİN DEĞERİNİN BELİRLENMESİ

Tarımsal arazinin tarım dışı kullanımına izni verilmesinden sonraki değerinin belirlenmesi, diğer mirasçılara ödenecek tazminatın hesabı bakımından önem taşımaktadır. Bu değer hesabının nasıl yapılacağına ilişkin TKAKK m. 8/C/V hükmünde, “*devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır.*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre, tarımsal arazinin mirasçıya devir tarihindeki değeri, tarım dışı kullanım izni verilen tarihteki değerine göre yeniden hesaplanır.

<sup>49</sup> TAMDİY m. 4'e göre Bakanlık, Tarım ve Orman Bakanlığı'nı ifade eder.

<sup>50</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Çabri, *Cilt-III*, s. 359; Eren/Yücer Aktürk, s. 659; Eren/Başpınar, s. 188; Dalcı Özdoğan, s. 143; Özçelik, s. 102; Özay, s. 203-204; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 172.

<sup>51</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 360; Özçelik, s. 101; Dalcı Özdoğan, s. 144.

<sup>52</sup> Bkz. dn. 34.

<sup>53</sup> Özçelik, s. 102, dn. 37; Dalcı Özdoğan, s. 144; Öğretide de ifade edildiği üzere yönetmelikler kanuna aykırı olamaz. Hâkim, bir davada kanuna aykırı yönetmelik hükmü yerine kanun maddesini uygulamalıdır. Bkz. AKİL, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(3), 2008, s. 14.

<sup>54</sup> Y. 11. HD., T. 12.04.2010, E. 2008/12664, K. 2010/4027 <www.legalbank.net> (E.T.: 29.04.2022).

Bulunan fark mirasçılara payları oranında, arazinin devredildiği mirasçı tarafından ödenir. Bu fark arazinin mirasçıya devredilirken hesaplanan gelir değeri ve tarım dışı kullanım izni verilmesi halinde ortaya çıkan gerçek değeri arasındaki farktır. Yoksa arazinin mirasçıya devredildiği tarihteki gerçek değeri ile tarım dışı kullanım izni verildikten sonra artış meydana gelmesi halindeki gerçek değeri arasındaki fark değildir<sup>55</sup>. Nitekim ehil mirasçı arazinin mülkiyetini, arazinin gerçek değerinin çok altında ve Kanun'un 8/C/II maddesindeki düzenleme kapsamında gelir değeri üzerinden kazanmaktadır. Arazinin mülkiyetini gerçek değerinin altında kazanan mirasçı, diğer mirasçılar karşısında avantajlı duruma gelmektedir<sup>56</sup>. Tarım dışı kullanım izni verildikten sonra arazinin gerçek değerinin yani piyasa değerinin artması sonucu, mülkiyeti gerçek değerinin altında kazanan mirasçı ikinci bir defa avantajlı bir duruma gelmektedir. Bu da diğer mirasçılar bakımından eşitsizliğe neden olmaktadır. İşte bu sebeple mirasçılar arasındaki eşitsizliği önlemek için arazinin devredildiği tarihteki gelir değeri ile tarım dışı kullanım izni verildikten sonraki gerçek değeri arasındaki farkın, mirasçılara payları oranında ödenmesi öngörülmüştür.

Kanun'da geçen yeniden hesaplama ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması konunun anlaşılması bakımından yarar sağlayacaktır. Örneğin, 01.01.2020 tarihinde mirasçılardan birine devredilen tarım arazisi için 01.01.2022 tarihinde tarım dışı kullanım izni verilmişse, arazinin 01.01.2020 tarihinde tespit edilen parasal değeri, 01.01.2022 tarihine göre güncellenir. Arazinin 01.01.2020 tarihindeki değeri 300.000 TL iken, tarım dışı kullanım izni verildikten sonra değeri 800.000 TL olmuşsa aradaki 500.000 TL'lik fark, devralan mirasçı tarafından diğer mirasçılara payları oranında ödenir<sup>57</sup>.

TAMDİY m. 11/5 hükmünde, mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması durumunda, diğer mirasçılara ödenecek değer artış farkının TÜİK tarafından belirlenen Üretici Fiyatları Endeksi kullanılarak sulh hukuk hakimi tarafından belirleneceği düzenlenmişse de, kanaatimizce bu hükmün uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Nitekim değer artışının belirlenmesi, teknik bir konudur. Böyle bir uyuşmazlık ortaya çıktığında hakimin değer artış farkını belirleyebilmesi, teknik açıdan pek mümkün olmamaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)<sup>58</sup> 266. maddesinde, "*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.*" düzenlemesi yer

---

<sup>55</sup> Altun, s. 54.

<sup>56</sup> Özçelik, s. 98.

<sup>57</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 359; Dalcı Özdoğan, s. 141.

<sup>58</sup> RG, 04.02.2011, 27836.

almaktadır. Değer artış farkının belirlenmesi de çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren bir durum olduğundan, ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda değer artış farkının bilirkişi tarafından belirlenmesi daha doğru olur.

## VI. DEĞER ARTIŞININ ÖDENMESİ

### A. Tarım Arazisinin Devredildiği Mirasçının Değer Artışını Ödemesi

Değer artış talebine ilişkin yukarıda açıkladığımız şartların gerçekleşmesi durumunda, diğer mirasçı veya mirasçılar lehine bir alacak hakkının doğduğunu ifade etmiştik. Bu durumda her bir mirasçı kendi payı oranında, devralan mirasçıdan değer artış farkını talep edebilir. Kuşkusuz, mirasçının ölmesi hâlinde, onun mirasçısı veya mirasçıları aynı alacak hakkına sahip olacaktır. Aynı şekilde arazinin devredildiği mirasçının ölmesi hâlinde, mirasçıları bu borçtan kişisel olarak sorumlu olacaklardır. Ancak mirasçıların murisin borcundan sorumluluğu, mirası kesin olarak kazanmalarıyla, yani kabulle veya ret süresinin geçmesiyle başlar<sup>59</sup>.

Mirasçıların değer artışına ilişkin alacak hakkı, tarım dışı kullanım izni verilmesi sonucu ortaya bir değer çıktığı andan itibaren muaccel olur. Ancak alacağın muaccel olması, arazinin devredildiği mirasçının bu alacağı ödeyeceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca bu mirasçının temerrüde düşürülmesi gerekmektedir. TKAKK'nda buna ilişkin bir düzenleme yer almadığı için burada genel hükümlere göre temerrüt hükümlerine başvurmak gerekir. Arazinin devredildiği mirasçının temerrüde düşmesi için diğer mirasçıların her birinin, TBK m. 117/1 hükmü gereğince ihtarda bulunması gerekir<sup>60</sup>.

Mirasçıların talepte bulunmaları halinde, tarım dışı kullanım nedeniyle ortaya çıkan değer artışından ödenecek pay konusunda mirasçılar arasında anlaşma sağlanabilirse, devralan mirasçı her bir mirasçıya değer artış payını öder. Ancak mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması halinde, değer artış farkı açılacak bir dava sonucu belirlenir. TAMDİY m. 11/5 hükmünde yer alan düzenlemeye göre, değer artış farkı TÜİK tarafından belirlenen Üretici Fiyat Endeksi kullanılarak sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenir<sup>61</sup>.

Tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı sonucu ortaya çıkan değer artışı mirasçılara ödenmediği sürece, mirasçıların oluşacak değer artışından diğer mirasçıların hak sahibi

<sup>59</sup> Hayrunnisa Özdemir, "Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1-2), 2012, s. 193; Serozan/Engin, s. 72 vd.; İmre/Erman, s. 455; Eren/ Yücer Aktürk, s. 447; Antalya/Sağlam, s. 92, 93, 94; İnan/Ertaş/Albaş, s. 73.

<sup>60</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 360.

<sup>61</sup> Eren/Yücer Akipek, s. 659; Eren/Başpınar, s. 188; Özçelik, s. 102; Dalcı Özdoğan, s. 145; değer artışının belirlenmesi için ayrıca bkz. V. başlık altında yer verilen açıklamalar.

olacağı konusunda tapu kütüğünün beyanlar<sup>62</sup> hanesine konulan şerh kaldırılmaz (TAMDİY m. 11/4).

### **B. Tarım Arazisini Devralan Mirasçının Araziyi Devrettiği Üçüncü Kişinin Değer Artışını Ödemesi**

Tarımsal araziyi devralan mirasçı, sahip olduğu mülkiyet hakkına dayanarak arazi üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir. Bu kapsamda araziye istediği kişiye satabilir. Ancak TAMDİY m. 11/3 hükmünde, “Şerh konulan tarım arazilerinin yirmi yıllık şerh süresi dolmadan tarımsal amaçlı kullanılmak üzere satışa konu edilmesi durumunda, diğer mirasçılardan muvafakati alındığı takdirde şerh kaldırılarak; muvafakati alınmadığı takdirde şerhli olarak satış yapılabilir. Taşınmazı şerhli olarak satın alan üçüncü kişiler, aynı süre içinde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşacak değer artışlarından diğer mirasçılara karşı sorumludur.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, tarımsal amaçlı kullanılmak üzere arazinin üçüncü bir kişiye satılması halinde, arazinin 20 yıl içinde tarım dışı kullanımı sonucu değerinde ortaya çıkacak artıştan üçüncü kişi sorumlu olacaktır<sup>63</sup>.

Araziyi satın alan üçüncü kişinin, arazinin tarım dışı kullanımı sebebiyle değerinde ortaya çıkan artışı mirasçılara ödemek istememesi gibi bir sorun ortaya çıkabilir. Bu durumu önlemek için TAMDİY m. 11/2’de mirasçılardan, tarım dışı kullanım sonucu oluşacak değer artışından hak sahibi olacakları konusunda tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulması imkânı getirilmiştir<sup>64</sup>. Şerh verilmesinin amacı, arazinin üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, mirasçılardan alacak hakkının yeni malike karşı ileri sürülebilmesini güvence altına almaktır. Hükümde şerhin munzam etkisi ve eşyaya bağlı borç etkisi düzenlenmiştir. Dolayısıyla üçüncü kişi şerhe rağmen tarımsal araziyi devralırsa, doğacak olan değer artışından diğer mirasçılara karşı sorumlu olacaktır<sup>65</sup>. Ancak burada eleştiriye açık olan husus üçüncü kişiye böyle bir sorumluluk yüklenmesi, üstelik bunun yönetmelik hükmüyle getirilmiş olmasıdır. Böyle bir imkânın yönetmelikte yer alması hukuka aykırı olduğu gibi, üçüncü kişilerin değer artışından sorumlu tutulmalarının hukukî dayanağının ne olduğu, izahı problemlidir.

Şerhe rağmen araziyi satın alan üçüncü kişinin değer artışından sorumlu olmaması için, bütün mirasçılardan onayı ile arazi üzerindeki şerhin kaldırılması gerekmektedir.

<sup>62</sup> Bkz. yukarıda III. başlık altında yer verilen açıklamalar.

<sup>63</sup> Özçelik, s. 101; Uyumaz/İlhan, s. 880; Dalcı Özdoğan, s. 142.

<sup>64</sup> Kanunda yer almayan böyle bir imkânın yönetmelikte yer almasına ilişkin açıklamalar için bkz. s. 10.

<sup>65</sup> Çabri, *Cilt-III*, s. 357-356; Özay, s. 203; Dalcı Özdoğan, s. 143; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 171; Özçelik, s. 101; Uyumaz/İlhan, s. 880.

Mirasçılardan bir tanesinin bile onay vermemesi halinde, şerh kaldırılmaz. Bu durumda üçüncü kişi araziyi şerhli olarak satın alabilir veya satın almaktan vazgeçebilir. Bütün mirasçılar onay verdiği takdirde, arazi üzerindeki şerh kaldırılır. Bu durumda araziyi şerhsiz alan üçüncü kişinin, 20 yıllık süre içinde arazinin tarım dışı kullanımı nedeniyle ortaya çıkacak değer artışından diğer mirasçılara karşı sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Ayrıca belirtelim ki, 20 yıllık şerh süresi tamamlandıktan sonra da şerh kaldırılmış sayılır (TAMDİY m. 11/7). Araziyi şerhli olarak satın alan kişinin sorumluluğu, arazinin kendisine satıldığı tarihten değil, arazinin mirasçıya mahkeme kararıyla devredildiği tarihten itibaren başlar. Yoksa arazinin satılması 20 yıllık süreyi baştan başlatmaz<sup>66</sup>.

## VII. ZAMANAŞIMI

Tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı sonucu değerinde bir artış meydana gelmesi halinde, diğer mirasçılar bundan doğan alacak hakkının tâbi olduğu zamanaşımı konusunda TKAKK'de özel bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu durumda genel hüküm olan TBK m. 146 hükmü uygulama alanı bulur. TBK m. 146 hükmü uyarınca, mirasçıların değer artışından doğan alacak hakkı on yıllık zamanaşımına tâbi olur<sup>67</sup>.

Zamanaşımı süresi, tarım dışı kullanım izni verilmesi akabinde değer artışının ortaya çıkması anında işlemeye başlar. Değer artışı yirmi yıllık şerh süresi içinde ortaya çıktığında, mirasçılar yirmi yıllık süreyle değil on yıllık süreyle bağlı olur. Başka bir anlatımla yirmi yıllık süre, değer artışının ortaya çıkması için aranan süredir. Örneğin devir tarihi üzerinden yirmi yıl geçmemesine rağmen; değer artışının ortaya çıkmasından sonra on yıl geçmişse alacak zamanaşımına uğrar. Buna karşılık yirmi yılın dolmasına on yıldan daha az bir süre kaldıktan sonra değer artışı meydana gelirse, on yıllık süre bu andan itibaren başlar. Yirmi yıllık süre dolduktan sonra da mirasçılar on yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar alacak haklarını talep edebilirler<sup>68</sup>. Alacağın zamanaşımına uğraması, bu alacağı sona erdirmez. Alacak zamanaşımına uğrasa bile, borçlu tarafından zamanaşımı def'i ileri sürülmediği müddetçe borç devam eder. Borçlu bu zamanaşımı def'i hakkını kullanmadıkça zamanaşımı

<sup>66</sup> Dalcı Özdoğan, s. 142-143.

<sup>67</sup> Dural/Öz, s. 522; Çabri, *Cilt-III*, s. 360; Özdemir, zamanaşımı konusunda görüşünü "TBK m. 146 gereğince on yıllık zamanaşımı uygulanmamalıdır" şeklinde ifade etmiş olsa da, kanaatimizce yazar burada genel hüküm olan on yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmek istemiştir. Nitekim devamında "vasıf değişiminden sonra on yıl geçmişse, devirden itibaren yirmi yıl geçememiş olsa bile diğer mirasçıların hakları zamanaşımına uğrar." şeklinde yapılan açıklamadan mirasçıların alacak haklarının on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 169.

<sup>68</sup> Dural/Öz, s. 522; Çabri, *Cilt-III*, s. 360; Özdemir, *Mirasın Paylaşılması*, s. 169-170.

hakim tarafından re'sen dikkate alınmamaktadır (TBK m. 161)<sup>69</sup>.

### VIII. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Değer artışının ödenmesi konusunda mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması durumunda yani mülkiyetin devredildiği mirasçının, ortaya çıkan değeri mirasçılara ödemek istememesi halinde mirasçılar, alacak haklarını dava yoluyla talep edebilirler. Kanunda görevli ve yetkili mahkeme özel olarak düzenlenmemiştir. Fakat Yönetmelik'in 11/5. maddesinde yer alan değer artış farkının sulh hukuk hakimi tarafından belirleneceğine ilişkin ifadeden, kanun koyucunun görevli mahkemeyi sulh hukuk mahkemesi olarak değerlendirdiği gibi bir sonuç çıksa da kanaatimizce böyle bir sonuç çıkarılması mümkün değildir. Nitekim sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren işlerin düzenlendiği HMK m. 4'e göre, sulh hukuk mahkemeleri bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hakimini görevlendirdiği davalara bakmakla görevlidir. Ancak TKAKK'de buna ilişkin açıkça bir düzenleme yer almamaktadır. Sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hakiminin görevli olduğu işlerin açıkça kanunda düzenlenmesi gerektiğinden, Yönetmelik'te yer alan ifadenin görevli mahkemeyi düzenlediği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Bu nedenle burada genel hükümlere gitmek gerekecektir. HMK'nın 2. maddesinde mal varlığı haklarına ilişkin davalarda aksine bir düzenleme olmadıkça görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu düzenlenmiştir<sup>70</sup>. Mirasçılarının, tarım dışı kullanım sonucu ortaya çıkan değer artışına ilişkin talep haklarının, kanundan doğan alacak hakkı olduğunu yukarıda ifade etmiştik<sup>71</sup>. Bu bağlamda, mirasçılarının alacak hakkına dayalı açacakları davada görevli mahkemeye ilişkin özel bir hüküm olmadığından, genel hükümler uyarınca görevli mahkeme

<sup>69</sup> Zamanaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 97-98; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 84-85; İsmail Kayar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 208-209; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, 30-31; "...Borcun zamanaşımına uğramasıyla, borç (alacak) sona ermez, sadece alacaklının dava yoluyla alacağını elde etme olanağı alacağın dava edilebilme niteliği ortadan kalkar. Zamanaşımına uğramış bir borç, ifa edilebilen, fakat dava edilemeyen eksik borçtur. Zamanaşımına uğramış borç ifa edilirse, ifa geçerlidir, bir bağışlama veya alacaklı yönünden bir sebepsiz zenginleşme söz konusu değildir. borçlu, borcun zamanaşımına uğradığını bilmediğini, bu nedenle hataen (yanılarak) ödemede bulunduğunu ileri sürerek verdiğini geri isteyemez (BK m. 62; TBK m. 78/2). Zamanaşımı hukuki açıdan "def'i" (kişisel savunma nedeni) niteliğindedir. Borçlu borcunu ifadan kaçınmak istiyorsa, zamanaşımı def'inde bulunup, alacağın zamanaşımına uğradığını, dava edilebilme niteliğini kaybettiğini ileri sürebilir (BK m. 140; TBK m. 161). BK m. 140'da (TBK m. 161) açıkça belirtildiği üzere, zamanaşımı ileri sürülmezse hakim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz." YHGK, T. 18.09.2013, E. 2013/15-169, K. 2013/1365 <www.legalbank.net> (E.T.: 01.06.2022).

<sup>70</sup> Murat Atalı / İbrahim Ermenek, *Medenî Usûl Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 88-89; L. Şanal İğrön / Levent Börü / Barış Toraman / Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 143.

<sup>71</sup> Bkz. yukarıda II. başlık altında yer verilen açıklamalar.



asliye hukuk mahkemesidir. HMK m. 6 uyarınca yetkili mahkeme, borçlunun yerleşim yeri mahkemesidir<sup>72</sup>.

## SONUÇ

Tarımsal arazinin mirasçılardan birine devredilmesinden sonra, arazinin bireysel mülkiyetini kazanan mirasçı, araziye tarım yaparak kullanabilmenin yanı sıra tarım dışı kullanım izni verilmesi halinde tarım dışı amaçlarla da kullanabilme hakkına sahip olur. Tarım dışı kullanıma, arazinin bulunduğu bölgenin imara açılması örnek olarak verilebilir. Böyle bir durumda arazinin değerinde bir artışın ortaya çıkması söz konusu olabilir. Diğer mirasçılar söz konusu artıştan yararlanabilmeleri, TKAKK'nın 8/C/V maddesinde yer alan belli şartlar çerçevesinde mümkündür. Bu sayede diğer mirasçılar lehine kanundan doğan bir alacak hakkı tanınmıştır.

Mirasçılar, tarımsal arazisinin sonradan tarım dışı amaçlarla kullanılmasından dolayı değerinde meydana gelen artıştan pay talep edebilmelerinin ön koşulu, bu arazinin mirasçıya mahkeme kararıyla devredilmesidir. Bu bağlamda arazinin mirasçıların anlaşma yoluyla mirasçılardan birine, aile malları ortaklığına, limited şirkete, üçüncü bir kişiye devri ve mahkemece üçüncü kişiye satışı halinde değer artışı istenemez. Değer artışının talep edilebilmesinin ikinci şartı, bu arazinin tarım dışı kullanılmasıdır. Bu durumun en yaygın örneği, araziye imar izni verilmesi ve arazinin konut alanı olması sonucu inşaat rantı getirmesidir. Tarım dışı kullanım sonucu ortaya çıkan değer artışından mirasçıların pay talep edebilmeleri mümkün olur. Ancak, tarımsal üretimde yapılan iyileştirmeler dolayısıyla verimin artması hâlinde arazinin değerinde bir artış meydana gelirse, diğer mirasçılar bu değerden pay talep edebilme hakkı söz konusu olmaz. Tarımsal arazinin sonradan tarım dışı amaçlarla kullanılması sonucu ortaya bir değer çıkmadığı takdirde mirasçıların pay talep etme hakları da doğmaz.

Tarım dışı kullanım sonucu ortaya çıkan değer, arazinin devredildiği tarihten itibaren yirmi yıllık süre içinde ortaya çıkması gerekmektedir. Nitekim kanunda açıkça değer artışının, devir tarihinden itibaren yirmi yıllık süre içerisinde ortaya çıkması aranmaktadır. Dolayısıyla yirmi yıllık süre geçtikten sonra arazinin değeri yükselmişse, mirasçılar bu değerden pay talep edebilmeleri mümkün olmayacaktır. Mirasçılara tanınan bu alacak hakkının, arazinin mülkiyetinin devredildiği mirasçı dışında üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tapu kütüğüne şerh imkânı getirilmiştir. Ancak bu imkân kanunda değil,

<sup>72</sup> Dilek Karademir Aydemir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 151 vd.

hukuka aykırı olarak yönetmelikte düzenlenmiştir. Şerhin munzam etkisine yer verilme isteniyorsa bunun kanunda düzenlenmesi gerekirdi.

Yönetmelikte, tarım dışı kullanım izni verildikten sonra Bakanlık tarafından 15 gün içinde diğer mirasçılara kullanım izni verildiği bildirildikten sonra, mirasçıların 60 gün içinde talepte bulunmaları gerektiği düzenlenmiştir. Mirasçılarının değer artışından doğan alacak haklarının yönetmelik ile kanunda yer almayan 60 günlük hak düşürücü süreye bağlanması hukuka aykırıdır. Bu nedenle süre konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda hak kaybının yaşanmaması için 60 günlük sürenin dikkate alınmaması gerekir. Dolayısıyla kanunda özel bir süre öngörülmediğinden değer artışından doğan alacak hakkına TBK m. 146 hükmü gereği, on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Mirasçılara tanınan bu hak bir alacak hakkı olduğundan, bu hakkın talebine ilişkin açılacak davada görevli ve yetkili mahkeme, borçlunun yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesidir.

## KAYNAKÇA

- Açıkgöz O, *Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Akil Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(3), 2008, s. 1-32.
- Akipek J / Akıntürk, T / Ateş, D, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2018.
- Akıymaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021.
- Altun S, *Bölünemeyen Tarımsal Arazilerde Mülkiyet Hakkının Devri*, Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:V/1,1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya O G / Topuz M, *Eşya Hukuku Cilt: IV/1*, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya O G / Sağlam İ, *Miras Hukuku Cilt III*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Atalı M / Ermenek İ, *Medenî Usûl Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan M, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016 (“Eşya”).
- Ayan M, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, 2016 (*Miras*).
- Aydoğdu M, “Toprak Sistemimiz ve Bir Yerel Mahkeme Kararının Düşündürdükleri: 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu’nun Müşterek (Ortak) Mülkiyet İlişkisinde ve Ortaklığın Giderilmesi (İzale Şuyu) Davasında Hangi Kapsamda Uygulanması Gerektiği Konusundaki Değerlendirmeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan*, 19(Özel Sayı), 2017, s. 3-24.
- Bağatur M Ç, “Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (3), 1999, s. 858-878.
- Bağcı Ö, “Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali”, *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, Tuğçe Tuzcuoğlu, A. Hulki Cihan (Ed), 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Bilgin Yüce M, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Getirilen Kanunî Kısıtlamalar”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2011, s. 105-140.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020 (“Cilt-II”).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt-III*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020 (“Cilt-III”).
- Dalcı Özdoğan N, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Dural M / Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Erdoğan K, “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

- Dergisi*, 24(1), 2016, s. 123-179.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Eren F / Başpınar V, *Toprak Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017.
- Eren F / Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019.
- Ertuş Ş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2018.
- Esener T / Güven K, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Görgün L / Börü L / Toraman B / Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.
- Hindersmann M / Myßen M, *Die Erbschaftsund Schenkungssteuern der Schweizer Kantone*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2003.
- İmre Z / Erman H, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 14. Basım, Der Yayınları, 2018.
- İnan A N / Ertuş Ş / Albaş H, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kalenderoğlu A, *5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri*, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.
- Karademir Aydemir D, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Kartal B, “6537 Sayılı Kanun ile 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’na Getirilen Değişikliklerin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(3), 2019, s. 845-884.
- Kavasoğlu İ İ / Sayın C, “Tarımsal Arazilerin Miras ve Satış Yoluyla Devrinde Anlaşmazlık Durumları ve Çözüm Önerileri”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tarım ve Doğa Dergisi*, 21(Özel Sayı), 2018, s. 133-145.
- Kayar İ, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Maraşlı Dinç Y, *Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Oğuzman M K / Seliçi Ö / Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, 2016.
- Özay O L, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, Yetkin Yayınları, 2015.
- Özçelik Ş B, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(1), 2015, s. 87-110.
- Özdemir H, “Mirasçılarının Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1-2), 2012, s. 191-213 (Sorumluluk).
- Özdemir H, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2019 (Mirasın Paylaşılması).
- Özer Deniz M, “Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2020, s. 26-38.

- Sağlam İ, “Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi”, *MÜHF-HAD*, 16(1-2), 2010, s. 201-231.
- Sarı Fidan Ö, *Miras Ortaklığı*, Adalet Yayınevi, 2016.
- Serozan R / Engin, B İ, *Miras Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Sirmen A L, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Şen Doğramacı H, “6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 2016, s. 69-94.
- Şenol A N / Uzun Kazmacı Ö, “5403 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(1), 2020, s. 161-192.
- Tan T, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2020.
- Uyumaz A / İlhan O, “Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri”, *MÜHF-HAD*, 24(2), Aralık 2018, s. 861-905.
- Yavuz, C / Topuz, M, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanun’un Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”, *MÜHF-HAD Mehmet Akif Aydın’a Armağan*, 21(2), 2015, s. 663-700.
- Yazıcı A N M, *Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018.
- Yıldız O / Uzun B / Çoruhlu Y E, “Tarım Arazilerinin Miras yoluyla İntikali ve Sağlararası İşlemlerle Devrine İlişkin Kısıtlamalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (33), 2018, s. 95-122.
- Zevkliler A, *Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi*, Sevinç Matbaası, 1970.



# SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA İÇSEL BİLGİ KAVRAMINA İLİŞKİN KAMUSAL MÜDAHALE SİSTEMLERİ: AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRKİYE KARŞILAŞTIRMASI

Hanife ERGÜN AKSU\*

## ÖZET

*Sermaye piyasası hukukunun amaçlarına ulaşılabilmesi ve dolayısıyla piyasa güvenilirliğinin tesis edilmesi için piyasa katılımcılarının kararlarının sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına ilişkin mevcut bilgileri tümüyle yansıtan bir piyasa ortamında oluşması gerekmektedir. Bu sebeple sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgiler olan içsel bilgilerin kamuya açıklanmasına ve kullanımına ilişkin doğru kurallar konulması ve güçlü kamusal denetim ve yaptırım mekanizmaları oluşturulması önemlidir. Fakat aşırılıklar içeren veya kötü tasarlanmış bir kamusal müdahale sistemi, serbest piyasanın işleyişini olumsuz etkileyebileceğinden bu sistemin dengeli kurgulanması gerekmektedir. Türk sermaye piyasası hukukunun derinlikli ve gelişmiş piyasalara sahip Avrupa Birliği'nin mevzuatından iktibas edilmiş olması da bu yönde atılmış bir adım olmakla birlikte bu iki hukuk sisteminde içsel bilgiye ilişkin düzenlemeler arasında birtakım önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı ise iki hukuk sisteminin karşılaştırmasını yaparak söz konusu farklılıkların tespiti ve Türk hukukunda içsel bilgiye ilişkin kamusal müdahale mekanizmalarını dengeleyecek çeşitli öneriler sunulmasıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** İçsel bilgi, kamusal müdahale, piyasa bozucu eylemler, idari denetim ve yaptırım, bilgi suiistimali suçu.

## PUBLIC INTERVENTION SYSTEMS REGARDING THE NOTION OF INSIDE INFORMATION IN CAPITAL MARKETS LAW: COMPARISON OF EUROPEAN UNION AND TURKEY

## ABSTRACT

*In order to achieve the objectives of the capital market law and to ensure market integrity, market participants should be able to make their decisions in the light of accurate and fairly distributed information about the capital market instruments. Therefore, it is essential to set the right rules and establish a strong public supervision and enforcement mechanism regarding the public disclosure and use of inside information that can affect the value of capital market instruments and the investment decisions of investors. However, since an excessive or poorly designed public intervention may adversely affect the functioning of the free market, it is critical to establish a balanced and proper mechanism regarding the distribution and use of inside information. Adoption of European Union legislation, which regulates developed and deep markets, is an important step in this direction for Turkish*

---

\* **Doktora Öğrencisi**, İstanbul Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı/ İSTANBUL, **e-posta:**

hanife.ergunaksu@ogr.iu.edu.tr

**ORCID:** 0000-0002-4147-4291

**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1127898

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 08/06/2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 14/09/2022

*capital markets law. But there are some important differences between the inside information regulations of two legislations. Based on the determination of these differences, the aim of this article is to compare the inside information related public intervention systems of Turkish and European Union law and to present suggestions that can balance the public intervention for Turkish capital markets.*

**Keywords:** *Inside information, public intervention, market abuse, administrative supervision and enforcement, crime of insider dealing.*

## GİRİŞ

Finansal piyasalar, tasarruf ederek fon sahibi olan fakat bu tasarruflarını üretken yatırımlara çeviremeyen kişilerin sahip oldukları fonların, üretken yatırımda veya girişimde bulunma imkânı olup da yeterli fona sahip olmayanlara aktarıldığı sistem olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Finansal piyasaların bir parçası olan sermaye piyasaları ise, bir yıldan uzun vadeli borçlanma araçlarının ve öz kaynağa dayalı finansman yöntemlerinin kullanıldığı piyasalardır<sup>2</sup>. Ayrıca, sermaye piyasasında çok çeşitli finansal yatırım araçları üretilebilmekte ve küçük tasarruflar da sisteme dahil olduğu için son derece geniş bir fon temini alanı oluşmaktadır. Bu piyasalarda ortaklık modeliyle büyüme imkanının yanında, fon talep edenler için yatırımcılara sattıkları borçlanma araçlarıyla banka kredilerine göre çok daha ucuz fon temin etme, yatırımcılar için ise risk alarak elde edebilecekleri mevduat getirilerinden daha fazla getiri elde etme imkânı bulunmaktadır<sup>3</sup>. Sermaye piyasalarının bahsedilen bu fonksiyonları yerine getirebildiği sağlıklı ve etkin bir piyasa için, şirketlerin üretim ve yatırım kararları ile yatırımcıların yatırımlarını yapacakları şirketleri seçme iradelerinin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına ilişkin mevcut bilgileri tümüyle yansıtan ve dolayısıyla bilginin adil bir biçimde dağıldığı bir piyasa ortamında oluşması gerekmektedir<sup>4</sup>. Bu noktada, piyasa katılımcıları için son derece önemli olduğu kabul edilen ve sermaye piyasası mevzuatında “içsel bilgi” olarak adlandırılan bilgilerin kamuya açıklanması ve böylece piyasa aktörleri arasındaki bilgi eşitsizliğinin giderilmesi konularında devletler tarafından piyasalara

<sup>1</sup> Frederic S Mishkin/ Stanley G Eakins, *Financial Markets and Institutions*, 9. Baskı, Pearson, 2018, s. 42.

<sup>2</sup> Mishkin/ Eakins, s. 60. Sermaye piyasasında öz kaynak finansmanı yoluyla fon temin etme işlemi asıl olarak şirket paylarının halka arzıyla gerçekleşirken borçlanma araçları yoluyla fon temin edilmesi, şirketlerin çıkardıkları bu araçları yatırımcılara satması anlamına gelmektedir. Rüdiger Veil, *European Capital Markets Law*, Hart Publishing, 2013, s. 74.

<sup>3</sup> Christian A. Edelmann/ Shasheen Jayaweera, “The Role of Global Capital Markets”, Gary Strumeyer / Sarah Swamy (Ed.), *The Capital Markets: Evolution of the Financial Ecosystem*, Wiley, 2017, s. 25.

<sup>4</sup> Eugene Fama, “Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work”, *The Journal of Finance*, 25 (2), 1970, <<https://www.jstor.org/stable/2325486?seq=1>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2020, s. 383.; Niamh Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2014, s. 2.



müdahale edilmesi gereksinimi doğmaktadır<sup>5</sup>.

Çalışma kapsamında devlet eliyle yapılan düzenleme, denetim ve yaptırım anlamında kullanılan kamusal müdahale kavramının gerekliliğine olan genel inancın yakın bir dönemde değişmesi mümkün olmasa da aşırıya kaçabilecek veya kötü tasarlanmış kamusal müdahale sisteminin finansal yenilikleri engelleyebileceği, piyasanın etkinliğini zayıflatabileceği ve dolayısıyla ekonomik büyümeyi dahi durdurabileceği uyarılarına<sup>6</sup> da kulak verilmelidir. Bu durumda, Türkiye gibi gelişmekte olan piyasalara sahip bir ülke için içsel bilgilerin dağılımı ve kullanımına ilişkin kamusal müdahale mekanizmalarını dengeli ve doğru kurgulamak büyük önem taşımaktadır. Böyle bir kurgu için ise kamusal müdahale konusundaki potansiyel sorunların birçoğunu çözüme bağlamış derinlikli bir piyasayı düzenleyen kuralların örnek alınarak uyarlanması doğru bir adım olabilecektir. Ülkemiz sermaye piyasası hukukunun küresel alanda rekabet gücü olan ve derinlikli piyasalara sahip Avrupa Birliği (AB) mevzuatından iktibas edilmiş olması da bu çabaya işaret etmektedir. Fakat iktibas sırasında AB mevzuatında yer alan ve piyasalardaki kamusal müdahale dengesini doğru bir zemine yerleştirmek adına yapılan bir takım incelikli düzenlemelerin gözden kaçırılmaması ve iktibasın Türk hukukunun temel kurallarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla çalışma kapsamında, Türk hukukunda içsel bilgiye ilişkin kamusal müdahale mekanizmalarının ortaya konması ve hukuki iktibasta kaynak olarak kabul edilen AB mevzuatıyla karşılaştırma yapılarak gelişimi destekleyen ve dengeli bir müdahale sistemi için öneriler sunulması amaçlanmaktadır. Bu amaçlar doğrultusunda öncelikle içsel bilgi ve kamusal müdahale kavramları, bu kavramların arasındaki ilişki ve 2008 finansal krizi sonrası bu ilişkinin gelişimi hakkında bazı temel bilgiler verilmiştir. Daha sonra ise sırasıyla idari düzenlemelerle öngörülen içsel bilgiye ilişkin yasaklama ve yükümlülükler, bunlara uyulup uyulmadığının tespiti adına idari makamlara verilen denetim yetkileri, idari düzenlemelerin ihlali durumunda işleyecek idari yaptırım mekanizmaları ve cezai sorumluluk rejimi Türk ve AB hukuku karşılaştırması yapılarak incelenmiştir. Her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukuk sisteminin küresel anlamda sermaye piyasası hukukunun temelini oluşturduğu ve kamusal müdahale mekanizmalarında son derece güçlü bir piyasa idari otoritesi sayılan “*Securities and Exchange Commission*” (SEC) gibi bir kuruma ev sahipliği yaptığı kabul

<sup>5</sup> İçsel bilgiye ilişkin eylem ve işlemleri konu alan düzenlemelerin tarihsel gelişiminde, bu tür eylem ve işlemlerin kamusal müdahale gerektirdiğine olan inancı kuvvetlendiren İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri piyasalarından örnek olaylar için bkz. Asuman Turanboy, *Insider Muameleleri: Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990, s. 15-21,36.

<sup>6</sup> Mishkin/ Eakins, s. 476; Moloney, s. 21; Turanboy, s. 232.

edilse de<sup>7</sup> bu çalışmada Türk ve AB sisteminin kapsamlı bir karşılaştırması yapılması amaçlandığından ABD hukuk sistemi incelemesine ayrıca yer verilmesi mümkün olmamıştır.

## I. SERMAYE PİYASASI HUKUKU AMAÇLARI BAĞLAMINDA İÇSEL BİLGİ VE KAMUSAL MÜDAHALE KAVRAMLARININ ÖNEMİ

Sermaye piyasası hukuku ile bu hukuk kurallarının belirli bir denetim ve yaptırım mekanizmasına tabi tutulmasının arkasında yatan fikri anlamlandırabilmek için sermaye piyasası hukukunun amaçları göz önünde bulundurulmalıdır. Sermaye piyasası alanındaki hukuk kurallarının temel amaçları; etkin bir piyasa oluşturmak, finansal istikrarı sağlamak ve yatırımcıyı korumaktır<sup>8</sup>. Bütün bu amaçlar ile varılmak istenen ortak noktanın ve sermaye piyasalarının gelişmesi adına temel beklentinin piyasa güvenilirliği olduğu söylemek mümkündür. Bir piyasada yatırımcıların istismara uğramaktan korkmadan işlem yapabilmesi, istikrarın getirdiği öngörülebilirliğin varlığı ve sermayenin etkin dağılımı o piyasanın güvenilir olması anlamına gelecektir. Doktrinde de kamusal bir düzenleme ve müdahale gerektiren asıl amacın güvenilirlik temelinde etkin bir piyasa oluşturmak olduğu iddia edilmektedir<sup>9</sup>. Etkin bir piyasa için, şirketlerin üretim ve yatırım kararları ile yatırımcıların yatırımlarını yapacakları şirketleri seçme iradelerinin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına ilişkin mevcut bilgileri tümüyle yansıtan bir piyasa ortamında oluşması gerekmektedir<sup>10</sup>. Dolayısıyla fiyatlandırmanın doğru bilgilendirilmiş piyasa katılımcılarının gerçek arz ve talebine göre olduğu piyasa, etkin bir piyasa sayılabilecektir. Böyle bir ortamda aynı zamanda öngörülebilirliğin, istikrarın ve gerekli tüm bilgilere erişebilen yatırımcının korunabilmesinin de temin edildiğini söylemek mümkündür.

Etkin piyasa kuramı bağlamında, “bilgi” kavramı ve dolayısıyla da “kamuyu aydınlatma” sermaye piyasalarının temelini oluşturan kavramlar haline gelmektedir<sup>11</sup>. Ayrıca sermaye piyasalarının başarısızlığa uğramasında (*market failure*) en büyük etkenlerden birinin

<sup>7</sup> Tanja Boskovic/ Caroline Cerruti/ Michel Noel, “Comparing European and U.S. Securities Regulations: MiFID versus Corresponding U.S. Regulations”, *World Bank Working Paper*, No:184, 2010, <<http://documents.worldbank.org/curated/en/120301468029665421/Comparing-European-and-U-S-securities-regulations-MiFID-versus-corresponding-U-S-regulations>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2020, s. 1.

<sup>8</sup> Andreas Martin Fleckner, “Regulating Trading Practices”, Niamh Moloney / Eilis Ferran / Jennifer Payne (Ed.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2015, s. 599; Boskovic/ Cerruti/ Noel, s. 14; Doktrindeki bu görüşler dışında, bahsedilen amaçların AB mevzuatındaki yansıması (EU) No 596/2014 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü gerekçesinin 2 ve 24. maddesinde ve 2014/65/EU sayılı MiFID II Direktifi gerekçesinin 164. maddesinde görülebilmektedir. Türk hukukunda ise bu amaçlara 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 1. Maddesinde yer verilmiştir.

<sup>9</sup> Fleckner, s. 599; Turanboy, s. 33.

<sup>10</sup> Fama, s. 383.

<sup>11</sup> Çağlar Manavgat, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016, s. 187-188; Sarah Clarke, *Insider Dealing: Law and Practice*, Oxford University Press, 2013, para. 1.15-1.20.

piyasa aktörleri arasındaki “bilgi asimetrisi” (bilgi eşitsizliği) olduğunu söylemek mümkündür<sup>12</sup>. Tam da bu noktada içsel bilgi kavramı öne çıkmaktadır. İçsel bilgi, doğrudan veya dolaylı olarak ihraççılara veya sermaye piyasası araçlarına ilişkin olan, nitelikleri belirli, kamuya açıklanmamış ve açıklandığı takdirde ilgili sermaye piyasası aracının değerinde veya yatırımcıların yatırım kararlarında etkili olabilecek bilgi anlamına gelmektedir<sup>13</sup>. İçsel bilginin tanımından da anlaşılacağı üzere bu nitelikteki bilgilerin piyasa katılımcılarına yayılması ve kullanılması konularında belirli bir çerçeve içerisinde hareket edilmesi piyasaların sağlıklı işleyişi için elzemdir. İçsel bilginin idari düzenleme, denetim ve yaptırıma tabi tutulmasının arkasında da bu bilgilerle ilişkili eylemlerin “piyasa bozucu eylem” oluşturabilmesi ihtimali yatmaktadır. Piyasa bozucu eylemler, finansal piyasaların adil ve etkin bir şekilde işleyişini engelleyen veya yatırımcıları makul gerekçelerle açıklanamayacak şekilde dezavantajlı konuma sokan davranışlar anlamına gelmekte<sup>14</sup> ve idari yaptırım gerektiren kabahat niteliği taşımaktadırlar. Sermaye piyasalarında yatırımcıların avantajlı veya dezavantajlı konumda olmalarını belirleyen temel faktörlerden bazıları, bu kişilerin sahip oldukları ve yorumladıkları bilgilerin özellikleri ve söz konusu piyasa bilgilerine erişebilme hızları olduğundan<sup>15</sup>, içsel bilgilere erişim konusunun çalışmanın devamında incelenecek piyasa bozucu eylemlere ilişkin düzenlemelerin temel taşlarından birisi olduğu söylenebilir.

İçsel bilgi kavramının ihraççılar veya kurumsal yatırımcılar ile küçük yatırımcı arasındaki bilgi asimetrisi sorununun temelini oluşturduğu düşünüldüğünde, bu alanda devlet eliyle kanuni ve idari düzenlemeler yapılması, idari denetim ve yaptırım mekanizması kurulması ve cezai sorumluluk rejimi oluşturulması anlamına gelen kamusal müdahale gerekli hale gelmektedir. Çünkü devletlerin özel sektör kuruluşlarının aksine rekabet amaçlı yaklaşımdan uzak olması ve çok çeşitli denetim ve yaptırım araçlarına sahip olması, yatırımcıların belirli bir standarda göre korunduklarına dair güveninin ve dolayısıyla piyasa güvenilirliğinin tesis edilmesi açısından etkili olacaktır. Ayrıca sermaye piyasalarının sağlıklı işleyememesi, piyasadaki tüm yatırımların ve genel anlamda ülke ekonomisinin zarar görmesi

<sup>12</sup> Moloney, s. 2.

<sup>13</sup> Bu tanım, Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemeleri olan II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği (23.1.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) ve bu Tebliğ’e dayalı olarak çıkarılmış olup Kurul Kararı hükmünde kabul edilen Özel Durumlar Rehberi’ndeki içsel bilgiye ilişkin açıklamalardan yola çıkılarak yapılmıştır (Özel Durumlar Rehberi, 27.06.2014 tarihli ve 2014/10 sayılı Sermaye Piyasası Bülteni’nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Rehber için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu Özel Durumlar Rehberi, <<https://www.kap.org.tr/project/KAP/file/content/KAP%20Hakk%C4%B1nda%2F%C4%B0lgili%20Mevzuat%20ve%20D%C3%BCzenlemeler%2FTebli%C4%9Fler%2F%C3%96DA%20Rehberi%20Yeni>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020.

<sup>14</sup> Edward J Swan/ John Virgo, *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press, 2010, s. 36.

<sup>15</sup> Andrew Baker, “Market Abuse and Risk to the Financial Markets”, Nic Ryder (Ed.), *White Collar Crime and Risk*, Palgrave Macmillan, 2018, s. 141.

anlamına geleceğinden kamusal müdahale meşru bir zemine oturtulabilmektedir<sup>16</sup>.

### **A. 2008 Finansal Krizi Sonrası Dönemde Bilginin Adil Dağılımı ve Kamusal Müdahale Konularına Odaklanması**

Sermaye piyasalarının gelişimi için piyasa altyapısı ile hukuki düzenleme ve denetimin güçlü olması kadar yatırım araçlarında ve imkanlarında çeşitliliğin artmasıyla sermaye piyasalarından fon temin etmek isteyen kuruluşlar ile yatırımcıların tabanının genişlemesi de gerekmektedir<sup>17</sup>. Dolayısıyla sermaye piyasalarının etkinliği için kamusal müdahale ve yeniliklerin teşviki dengeli bir zemine oturtulmalıdır. Son yirmi yıl içerisinde, sermaye piyasalarında gelişim ve müdahale dengesine ilişkin bu arayışın küresel anlamda en yoğun şekilde hissedildiği dönemin 2008 finansal krizi sonrasındaki dönem olduğunu söylemek mümkündür.

2008 finansal krizi ile sermaye piyasası alanındaki bazı güncel araç ve aktivitelerin karmaşık ve şeffaflıktan uzak oluşları karşısında yeterli denetim ve yaptırıma tabi tutulmadıkları gün yüzüne çıkmıştır<sup>18</sup>. Finansal krizin ortaya çıktığı böyle bir piyasa ortamında, kriz sonrası piyasa güvenilirliğinin tekrar tesis edilebilmesi adına, dünya genelinde sermaye piyasası hukuku alanında yeni düzenlemeler yapma, daha etkin bir idari yaptırım sistemi oluşturma ve bir takım ağır ihlaller karşısında cezai yaptırım rejimini güçlendirme eğilimi oluşmuştur<sup>19</sup>. Finansal kriz sonrası gündeme alınan kamusal müdahale konusu özellikle adil bilgi dağılımı için piyasa aktörlerinin kamuyu aydınlatma ve şeffaflık yükümlülüklerinin, finansal kuruluşların çalışma kurallarının gözden geçirilmesi ve belirli finansal aktivitelerin daha sıkı kurallara bağlanması hususlarında yoğunlaşmıştır<sup>20</sup>.

2008 finansal krizi döneminde, piyasaların sermaye piyasası araçlarının fiyatını etkileyen bilgilere ne kadar hızlı tepki gösterdiği ve bu durumun yatırımcının piyasalara

<sup>16</sup> Thomas M J Mollers/ Erhan Temel, “Efficiency in Arrangement and Supervision in Capital Markets Law: The Usage of Empiric and Economic Arguments as Legal Grounds of Private, Penal and Public Law Sanctions”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(3), 2008, <<https://heionline.org>> Erişim Tarihi: 24 Eylül 2019, s. 48-52.

<sup>17</sup> Edelmann/ Jayaweera, s. 48.

<sup>18</sup> Guido Ferrarini/ Paolo Sauguto, “Regulating Financial Market Infrastructures”, Niamh Moloney/ Eilis Ferran/ Jennifer Payne (Ed.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2015, s. 571.; Bu konudaki uluslararası mutabakatı da ifade eden 2009 yılı G20 zirvesinde, özellikle tezgahüstü türev araç piyasalarındaki ve menkul kıymetleştirme süreçlerindeki denetim eksiklikleri ve mala dayalı türev araçların yoğun kullanımı sebebiyle tarım ürünleri gibi malların fazla finansallaşması sonucu bu mallarda fiyat istikrarının korunamaması konularına değinilmiştir. G20. (2009). *Liderler Bildirisi: Pittsburgh Zirvesi 24-25 Eylül 2009*, <<http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009communique0925.html>> Erişim Tarihi 3 Temmuz 2020.

<sup>19</sup> Edelmann ve Jayaweera, a.g.m., 2017, s. 50; Baker, s. 159.; Harry McVea, “Supporting Market Integrity”, Niamh Moloney/ Eilis Ferran/ Jennifer Payne (Ed.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2015, s. 633.

<sup>20</sup> Fleckner, s. 614-617; Frank J. Fabozzi/ Frank J. Jones, *Foundations of Global Financial Markets and Institutions*, 5. Baskı, The MIT Press, 2019, s. 25.

güvenini ve finansal istikrarı büyük oranda etkilediği gün yüzüne çıkmış olduğundan<sup>21</sup>, içsel bilgiye ilişkin kamusal müdahale mekanizmaları da gözden geçirilmiştir. Bu dönemde, özellikle Avrupa Birliği sisteminde gerek kurumsal olarak gerekse hukuki düzenleme anlamında köklü reformlar yapılmıştır. İçsel bilgiyle bağlantılı olanlar da dahil olmak üzere, piyasa bozucu eylemlerin idari denetim ve yaptırım sistemine ilişkin Piyasa Bozucu Eylemler Direktifi (Directive 2003/6 EC) güncellenerek Tüzük<sup>22</sup> haline getirilmiş ve AB sermaye piyasası hukukunda bir ilk gerçekleştirilerek piyasa bozucu eylemler için cezai yaptırımlar içeren bir Direktif<sup>23</sup> düzenlemesi yapılmıştır. Cezai düzenlemenin yanında idari bir rejime de yer verilmesi ve idari rejimin direktif yerine tüzük şeklinde oluşturulması ile uygulamadaki uyumun artırılması istenmiştir<sup>24</sup>. Bu bilgiler ışığında, AB hukukunda 2008 finansal krizi sonrası yapılan değişikliklerle sermaye piyasası hukuku ihlallerinin çok daha sistematik ve kapsamlı ve bir hukuki çerçeveye oturtulmuş olduğunu söylemek mümkündür<sup>25</sup>.

Türk sermaye piyasası mevzuatı ise, 2012 yılında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) yürürlüğe girmesiyle önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Kanun gerekçesinde mevzuat değişikliğine gidilmesinin etkenlerinden birinin, 2008 krizi ile birlikte özellikle ABD ve AB düzenlemelerinde yapılan önemli reformların takip edilmesi yoluyla Türkiye piyasasını geliştirme hedefi olduğundan bahsedilmiştir<sup>26</sup>. Dolayısıyla, gerekçede de ifade edildiği şekilde, güncel sermaye piyasası mevzuatı AB müktesebatına tam uyum çerçevesinde hazırlanmıştır. Gerçekten de AB ve Türk hukuku birlikte incelendiğinde önemli bir bölümün çeviri yöntemiyle AB düzenlemelerinden iktibas edildiği ve büyük oranda örtüşme olduğu görülmektedir. Türk hukukunda, çalışma kapsamında incelenecek olan içsel bilgi kavramına ilişkin AB düzenlemelerinde bulunan detaylı açıklamalara genel itibarıyla Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) tebliğ ve rehberlerinde yer verilmiştir. Kanun gerekçesinde de SerPK'nin bilinçli olarak çerçeve kanun şeklinde dizayn edildiği ve piyasaların gelişimine kolay uyum sağlanmasında esneklik imkânı verecek olan ikincil idari otorite düzenlemelerine önem verildiği açıkça ifade edilmiştir.

<sup>21</sup> Kern Alexander/ Vladimir Maly, "The New EU Market Abuse Regime and The Derivatives Markets", *Law and Financial Markets Review*, 9(4), 2015, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/lawfinancmr9&div=38&id=&page=>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020, s. 244-245.

<sup>22</sup> (EU) No 596/2014 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü.

<sup>23</sup> Piyasa Bozucu Eylemlere İlişkin Cezai Yaptırımlar Direktifi (Directive 2014/57/EU).

<sup>24</sup> Çünkü AB sisteminde tüzükler doğrudan uygulanabilir düzenlemelerken direktiflerin üye devletlerin iç hukuklarına uyarlanmaları söz konusudur. Bu uyarılama sürecinde ise çeşitli farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

<sup>25</sup> McVea, s. 650-651; Boskovic/ Cerruti/ Noel, s. 1.

<sup>26</sup> SerPK'nin genel gerekçesi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/638), <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2020, s. 9-11.

## II. AB VE TÜRK HUKUKUNDA İÇSEL BİLGİ KAVRAMINA İLİŞKİN KAMUSAL MÜDAHALE SİSTEMİ

### A. İdari ve Cezai Kamusal Müdahale Sistemlerine İlişkin Genel Bilgiler

Mevzuatımızdaki içsel bilgiye ilişkin düzenlemelerde, SPK tarafından oluşturulan ikincil mevzuat öncü rol oynamaktadır. AB mevzuatında piyasa bozucu eylemlere ilişkin düzenlemeler (*market abuse*) kapsamında denetim ve yaptırıma tabi tutulan içsel bilgiye ilişkin yükümlülükler, ülkemizde de piyasa bozucu eylemler başlığı altında düzenlenmiştir. AB Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü'nde (PBE Tüzüğü) yer alan içsel bilgiye ilişkin idari düzenlemeler ve yasaklamaların mevzuatımıza uyarlanması Kurul tarafından oluşturulan II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği (ÖDT), bu Tebliğ'e dayalı olarak çıkarılmış olup Kurul Kararı hükmünde kabul edilen Özel Durumlar Rehberi (ÖDR) ve VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (PBE Tebliği)<sup>27</sup> ile gerçekleşmiştir. ÖDT ve ÖDR'de içsel bilginin unsurlarına ilişkin detaylı açıklamalar ve yükümlülükler düzenlenmişken PBE Tebliği'nde, SerPK uyarınca idari yaptırım gerektirecek olan açıklama yükümlülüklerine ve içsel bilgiye ilişkin diğer hukuka aykırılık hallerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. AB Piyasa Bozucu Eylemler İçin Cezai Yaptırımlar Direktifi (PBE Cezai Direktifi) kapsamındaki içsel bilginin kullanımına ve açıklanmasına ilişkin suç düzenlemelerinden bir kısmı ise SerPK'nin "bilgi suistimali" başlıklı 106. Maddesinde yer almaktadır.

Piyasa bozucu eylemler, SerPK'nin "*İdari Para Cezası Gerektiren Fiiller ve Sermaye Piyasası Suçları*" başlıklı altıncı kısmında yer alan 104. Maddede; "*Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler, bir suç oluşturmadığı takdirde, piyasa bozucu nitelikte eylem sayılır*" denilerek genel bir şekilde tanımlanmış olmakla birlikte, aynı maddede piyasa bozucu eylemlerin neler olduğunun Kurul tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Piyasa bozucu eylemlerin tanımında, "*bir suç oluşturmadığı takdirde*" ifadesine yer verilmiş olması bu tür eylemlere ilişkin suç tanımlarının kabahat niteliğinde olan idari düzenlemelerdeki tanımlarla örtüşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu örtüşmenin sebebi, ekonomik alanlardaki hukuk kurallarının genel itibariyle idare hukuku kapsamında yer alması ve bu kurallarla getirilen yükümlülüklerin cezai düzenlemeleri de şekillendirmesidir<sup>28</sup>. Dolayısıyla sermaye piyasası suçlarının da bu alandaki düzenleyici idari otorite olan SPK tarafından ortaya konulan kurallarla örtüşmesi normal olduğu gibi suç

<sup>27</sup> 21.1.2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>28</sup> Selman Dursun, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 111-117.

oluşturan eylemlerin detaylı açıklamalarının söz konusu kurallarda yer aldığını söylemek de mümkündür. Bu bağlamda, piyasa bozucu eylemlerin tanımında suç oluşturmama şartına açıkça yer verilmesi sayesinde, kişilerin aynı fiil dolayısıyla hem cezai yaptırımlara hem de cezalandırıcı nitelikte idari yaptırımlara maruz kalması önlenmekte ve *ne bis in idem* ilkesi koruma altına alınmaktadır. Çünkü, ceza hukuku temel prensiplerinden olan ve bir kişinin aynı fiilden dolayı iki kez cezalandırılmamasını ifade eden *ne bis in idem* ilkesinin, cezalandırıcı nitelikteki idari yaptırımlar olan idari para cezaları için de geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>29</sup>. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda da aynı fiilin hem idari yaptırım gerektiren bir kabahat hem de suç olarak tanımlanması halinde yalnızca ceza hukuku yaptırımının veya güvenlik tedbirinin uygulanacağına, cezai yaptırım veya güvenlik tedbiri uygulanamayan durumlarda ise idari yaptırımın gündeme geleceğine ilişkin hükme yer verilerek (m.15/3) *ne bis in idem* ilkesi koruma altına alınmıştır<sup>30</sup>.

AB mevzuatına bakıldığında, idari yaptırım sistemi öngören PBE Tüzüğü'nün 30. Maddesinin 1. Fıkrasında, Tüzük kapsamındaki fiiller için iç hukukta cezai yaptırım öngörülmesi durumunda aynı fiillere yönelik olarak idari yaptırım kuralları düzenlemek üye devletlerin tercihine bırakılmıştır. PBE Tüzüğü gerekçesinde ise açıkça üye devletlerin aynı ihlal için hem idari hem de cezai yaptırım uygulayabileceğinden bahsedilmiştir<sup>31</sup>. Aynı ihlaller için cezai yaptırım öngören PBE Cezai Direktifi'nin gerekçesinde ise bu düzenlemenin iç hukuka uyarlanması sırasında, Direktif kapsamındaki ihlaller için öngörülen cezai yaptırımların ve aynı ihlaller için PBE Tüzüğü kapsamında uygulanacak idari yaptırımların, *ne bis in idem* ilkesinin ihlaline sebep olmayacak şekilde kurgulanması

<sup>29</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) de sermaye piyasası hukuku alanında idari ve cezai yaptırımların aynı anda uygulanabilmesini sınırlandıran kararları bulunmaktadır. Mahkeme'nin 4 Mart 2014 tarihli kararında, İtalya Sermaye Piyasası Kurulu CONSOB'un (*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*) idari para cezası uyguladığı bir fiile ilişkin İtalya adli makamları tarafından ceza hukuku süreçlerinin başlatılmış olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7 numaralı Ek Protokolü'nün 4. maddesinde düzenlenen *ne bis in idem* ilkesinin ihlali olarak kabul edilmiştir. Kararda, cezalandırma amacıyla uygulanan ve belirli bir ağırlıkta olan idari para cezalarının AİHS kapsamında cezai yaptırım sayılabileceği vurgulanmış (§96) ve bu durumun *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması için yeterli görüldüğü belirtilmiştir (§ 229). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Grande Setevens v. Italy*, Başvuru No: 18640/10, 4 Mart 2014, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%22docname%22:%5B%22%22CASE%20OF%20GRANDE%20STEVENS%20AND%20OTHERS%20v.%20ITALY%22%22%5D%22respondent%22:%5B%22ITA%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-141794%22%5D%7D>> Erişim Tarihi: 13 Ağustos 2020; Aynı şekilde Avrupa Adalet Divanı kararlarında da AİHM kararlarına atf yapılarak ihlalin niteliği ve uygulanacak yaptırımın ağırlık derecesine göre AİHS'nin uygulanmasında, idari yaptırımların cezai yaptırım olarak kabul edilebileceği ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Avrupa Adalet Divanı, *Spector Photo Group NV and Chris Van Raemdonck v Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA)*, Case C-45/08, 23 Aralık 2009, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0045>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020, §42. (Bu karar, çalışmanın devamında Spector Photo Group Kararı olarak adlandırılacaktır.)

<sup>30</sup> Kabahatler Kanunu'nun 15. Maddesinin gerekçesinde de bu yönde açıklamalar yapılmıştır.

<sup>31</sup> Bkz. Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü gerekçesinin 72. Maddesi.

konusunda üye devletlere bir uyarıda bulunulmuştur<sup>32</sup>. Bu durumda üye devletlerin aynı fiil için idari ve cezai yaptırımlardan yalnızca birini uygulama imkânı olabileceği düşünülse de böyle bir uygulamanın çoğunlukla benimsenmediği iddia edilmektedir<sup>33</sup>. AB mevzuatı ile ilgili bu durumun temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yeterli güvenceyi sağlayamayabileceği düşünüldüğünde, Türk hukukunda piyasa bozucu eylemlere ilişkin idari ve cezai yaptırım sisteminin aynı anda uygulanmasının doğrudan kanuni düzenlemeler ile engellenmesi, kamusal müdahalenin dengelenmesi açısından yerinde olmuştur.

## **B. İçsel Bilgiye İlişkin İdari Düzenleme, Denetim ve Yaptırım Sistemleri**

Yukarıda da bahsedildiği gibi SPK'nin düzenleme yapma yetkileri son derece güçlü olmakla birlikte, Kurul'un faaliyet izni verme, piyasa aktörlerini denetleme ve denetimler sonucu idari yaptırım uygulama yetkileri de önem arz etmektedir. Neticede denetim ve yaptırım mekanizması, sermaye piyasası düzenlemelerindeki işlevselliğin ön şartı olup sınırlı kaynaklara sahip idari otoritelerin denetim ve yaptırım yetkilerinin kurgulanışı piyasa etkinliği için belirleyici olacaktır<sup>34</sup>. Bu bağlamda, aşağıda AB düzenlemeleri ile karşılaştırmalı olacak şekilde içsel bilgiye ilişkin SPK düzenlemeleri ortaya konulmuş, daha sonra piyasadaki eylemlerin bunlara uygunluğunun denetimi kapsamındaki Kurul yetkilerine ve aykırılık halinde gündeme gelebilecek idari ve cezai yaptırım mekanizmalarına ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

### **1. İçsel Bilgiye İlişkin Yükümlülük ve Yasaklama İçeren Temel İdari Düzenlemeler**

#### **a. İçsel bilginin unsurları**

İçsel bilgiye ilişkin yükümlülüklerin incelenmesinden önce içsel bilginin unsurlarına ilişkin detaylı açıklamalar yapılması faydalı olacaktır. AB PBE Tüzüğü'nün 7/1(a). Maddesinde, doğrudan veya dolaylı olarak, bir veya birden fazla ihraççıyla veya sermaye piyasası aracıyla ilgili olan, henüz kamuya açıklanmamış ve açıklandığı takdirde ilgili sermaye piyasası araçlarının veya ilgili türev araçların fiyatları üzerinde önemli etkiye sahip olabilecek kesin nitelikte bilgi şeklinde düzenlenen içsel bilgi tanımındaki unsurlar ve bunlara ilişkin açıklamalar, Türk hukuku kapsamında II-15.1 sayılı ÖDT'de ve ÖDR'de yer

<sup>32</sup> Bkz. Piyasa Bozucu Eylemler İçin Cezai Yaptırımlar Direktifi gerekçesinin 23. Maddesi.

<sup>33</sup> Andrea Perrone, "EU Market Abuse Regulation: The Puzzle of Enforcement", *European Business Organization Law Review*, 21, 2020, <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-019-00171-x>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2020, s. 382.

<sup>34</sup> John Armour/ Dan Awrey/ Paul Davies/ Luca Enriques, Jeffrey N Gordon/ Colin Mayer/ Jennifer Payne, *Principles of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2016, s. 835.



almaktadır. Bu iki düzenlemedeki açıklamalar uyarınca Türk hukukunda da doğrudan veya dolaylı olarak ihraççılara veya sermaye piyasası araçlarına ilişkin olan, nitelikleri belirli, kamuya açıklanmamış ve açıklandığı takdirde ilgili sermaye piyasası aracının değerinde veya yatırımcıların yatırım kararlarında etkili olabilecek bilgilerin içsel bilgi olarak kabul edildiği söylenebilir<sup>35</sup>. Ayrıca, belirtmek gerekir ki AB PBE Tüzüğü'nde 2008 finansal krizi sonrası yapılan değişikliklerle, mala dayalı türev araçların fiyatlandırmasını etkileyen ve aynı şekilde türev araç piyasasından etkilenen, teslimatın ve ödemenin işlem tarihinde vadesiz bir şekilde yapıldığı mala dayalı spot piyasa sözleşmeleri (spot emtia sözleşmeleri) için de aynı içsel bilgi tanımı geçerli olduğu kabul edilmişse de<sup>36</sup>, mevzuatımızda spot emtia sözleşmelerine ilişkin böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki Türkiye piyasalarında da spot piyasadaki bir emtia sözleşmesi konusunda içsel bilgiye sahip olan kişilerin bu bilgiden dolayı ilgili emtianın fiyatında ileri tarihte bir değişim olacağını bilmeleri ve finansal piyasalarda bu bilgiyi kullanarak ilgili emtiaya dayalı vadeli işlem sözleşmesi yapmak suretiyle haksız şekilde avantajlı konum elde etmeleri mümkündür. Dolayısıyla mevzuatımıza aynı içsel bilgi tanımının bu tür sözleşmeler için de geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme eklenmesi değerlendirilmelidir.

İçsel bilginin ilk unsuru olan bir ihraççıyla veya sermaye piyasası aracıyla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili olma durumu, bilginin ihraççının kendi faaliyetleri sonucu ortaya çıkan içsel koşullara ilişkin olması anlamına gelebileceği gibi ihraççı dışında gelişen koşullardan da kaynaklanabilmektedir<sup>37</sup>. İhraççıların veya ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının dolaylı bir şekilde etkilenmesi, daha çok devletin ekonomik politikaları sebebiyle ortaya çıkan piyasa bilgilerinden etkilenme şeklinde gerçekleşmektedir<sup>38</sup>. Fakat dolaylı

<sup>35</sup> ÖDT'de içsel bilgi; “*sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgi, olay ve gelişmeler*” şeklinde tanımlanmıştır (II-15.1 m. 4/1(e)). ÖDR'de ise içsel bilgi tanımı “*Somut bir olaya ilişkin (nitelikleri belirli), rasyonel bir yatırımcının yatırım kararını alırken önemli kabul edebileceği, kamuya açıklanmamış durumlarla ilgili, bilgiyi kullanan kişiye bu bilgiden haberi olmayan diğer yatırımcılara nazaran avantaj sağlayabilecek olan, kamuya açıklandığı takdirde söz konusu sermaye piyasası aracının değerinde, fiyatında veya yatırımcıların yatırım kararları üzerinde etki yaratabilecek, bilgi, olay ve gelişmeler*” şeklinde yapılmıştır. Bkz. Özel Durumlar Rehberi, s. 3-4.

<sup>36</sup> AB PBE Tüzüğü m. 7/1(b).; Spot emtia sözleşmeleri için aynı içsel bilgi tanımının geçerli olması sayesinde spot piyasadaki içsel bilgiye sahip olan kişilerin finansal piyasalarda bu bilgiyi kullanarak ilgili emtiaya dayalı vadeli işlem sözleşmesi yapması engellenmek istenmiştir. Çünkü spot piyasadaki bu tür bilgiler vadeli işlem piyasaları gibi türev araç piyasaları için doğrudan içsel bilgi oluşturabilmektedir. Bkz. PBE Tüzüğü gerekçesinin 20. Maddesi.

<sup>37</sup> İhraççıları etkileyebilecek dışsal koşullara örnek olarak ihraççının faaliyetlerinin kamusal otoritelerce durdurulması, ihraççının sektörüne yönelik önemli mevzuat değişiklikleri veya başka kurum veya kuruluşların aldığı kararların ihraççının faaliyetlerini ilgilendirmesi gösterilebilir. Bkz. Özel Durumlar Rehberi, s. 10.

<sup>38</sup> Doktrinde, sermaye piyasalarında etki doğurabilecek devlet politikalarının yalnızca ekonomik alanla ilgili olması gerekmediği ifade edilmiştir. Bu duruma ise, güvenlik ve dış politika kararlarının ithal ürünlerin fiyatlarını belirleyici rolü örnek gösterilmiştir. Cem Şenol, “İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelemesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2012,

bilgileri açıklama yükümlülüklerinin doğması için bu tür bilgilerin içsel bilginin tüm unsurlarını taşımasına dikkat edilmelidir. Bu noktada dolaylı piyasa verilerinin henüz kamuya açıklanmamış olmasına yönelik unsurun varlığı önem arz etmektedir. ÖDR düzenlemesine göre, içsel bilgiye ilişkin yükümlülüklerin doğmasında bilginin kamuya açıklanmamış olması unsuruyla kastedilen, mevzuata uygun platformlarda ve içerikte bir açıklama yapılmamış olmasıdır<sup>39</sup>. Dolayısıyla Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP)<sup>40</sup> veya Kurul internet sitesi gibi resmi platformlar haricinde basına yapılan açıklamalarda yer alan bilgiler, kamuya açıklanmamış bilgi sayılacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki bilginin mevzuata uygun şekilde açıklanması, kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husustur<sup>41</sup>. Bir bilginin içsel bilgi sayılabilmesi için gerekli unsurlardan olan kamuya açıklanmamış olma unsurunun tespitinde ise, bilginin ihraççının yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya üçüncü bir kişinin eylemi gibi herhangi bir sebepten dolayı kamunun erişimine açık hale gelmemiş olması dikkate alınmalı ve aksi durumda söz konusu bilgi içsel bilgi niteliğini yitirmelidir<sup>42</sup>. Çünkü bilginin yayıldığı kişi sayısı herhangi bir şekilde arttıkça ilgili sermaye piyasası aracının fiyatı bu bilgiyi yansıtır hale gelecek ve dolayısıyla kişilerin bu bilgiyi kullanarak haksız avantaj elde etmeleri mümkün olmayacaktır<sup>43</sup>.

İhraççıların kendilerini dolaylı olarak ilgilendiren ve dışsal koşullara bağlı olan tüm önemli bilgileri açıklamakla yükümlü tutulması, büyük bir titizlik gerektirdiği için ihraççılar için ağır bir yük oluşturabilecektir. AB mevzuatında bu denge gözetilerek açıklama yükümlülüğü kapsamındaki içsel bilgi, ihraççıları doğrudan ilgilendiren bir bilgi olarak düzenlenmişken aşağıda incelenecek olan ve kullanılması piyasa bozucu eylem oluşturan içsel bilginin tanımında, ihraççıları veya sermaye piyasası araçlarını doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren bir bilgiden bahsedilmektedir<sup>44</sup>. Böylece dolaylı içsel bilgilerin gözden kaçırılarak

---

<<https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/44819/557478>>, Erişim Tarihi 27 Ekim 2020, s. 130.

<sup>39</sup> Özel Durumlar Rehberi, s. 5

<sup>40</sup> 6362 sayılı SerPK ile açıklama yükümlülüğü kapsamındaki tüm bilgilerin kamuya duyurulduğu özel bir elektronik sistem olan Kamuyu Aydınlatma Platformu'nun (KAP) oluşturulmuştur (SerPK m. 3/1(k)).

<sup>41</sup> Özel Durumlar Rehberi'nde yer alan "*İçsel bilginin basın toplantısı, basın-yayın organları, internet veya buna benzer yollarla kamuya duyurulmuş olması, kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmez.*" ifadesinden de Rehber'de kamuya açıklama unsurunun kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi kapsamında ele alınmış olduğu anlamı çıkmaktadır.

<sup>42</sup> Konu ile ilgili AB doktrininde yer alan tartışmalar için bkz. Carsten Gerner-Beuerle, "Market Behaviour", Mathias Lehmann/ Christoph Kumpan (Ed.), *European Financial Services Law Article- by- Article Commentary*, Hart Publishing, 2019, s. 685-686; Bilginin kamuya açıklanmış sayıldığı durumlara ilişkin İngiliz hukukundan örnekler için bkz. Şenol, s. 131.

<sup>43</sup> Turanboy, s. 59-60.

<sup>44</sup> AB PBE Tüzüğü'nün 17. Maddesinde ihraççıları doğrudan ilgilendiren içsel bilgilerin kamuya açıklanması gerektiğinden bahsedilmekteyken içeriden öğrenenlerin ticareti kapsamındaki içsel bilgi tanımını içeren 7. Maddede içsel bilginin doğrudan veya dolaylı olarak bir veya birden çok ihraççıya ya da sermaye piyasası

açıklanmaması kabul edilebilir bir durum olarak görülürken bu bilgileri kullanarak avantaj elde etmeye çalışmak piyasa bozucu eylemler kapsamında değerlendirilmiş ve dengeli bir kamusal müdahale mekanizması oluşturulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla AB düzenlemesindeki bu hususun, Türk hukukuna da aktarılmasının doğru olacaktır.

İçsel bilginin niteliklerinin belirli olması unsuru ise; bilginin mevcut veya rasyonel olarak gerçekleşmesi muhtemel<sup>45</sup> olay veya koşulların göstergesi olması, söz konusu olay veya koşulların sermaye piyasası araçlarının değerindeki veya yatırımcıların yatırım kararlarındaki etkilerini değerlendirebilecek kadar belirli olması ve somut olgulara dayanması anlamına gelmektedir<sup>46</sup>. Bilginin somut olgulara dayanması, spekülasyon bilgileri içsel bilgi kapsamından çıkarmaya yöneliktir<sup>47</sup>. Neticede sermaye piyasası işlemlerinin temelinde spekülasyonlar yattığı için<sup>48</sup> kişisel tahmine dayalı spekülasyonların kamuya açıklanması kamunun aydınlanması yerine piyasalarda bilgi kirliliğine sebep olacaktır. Ayrıca ÖDR'ye göre, bilginin oluşum süreçlerindeki aşamalar için de nitelikleri belirli somut bilgi değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu durumda söz konusu aşamaların da içsel bilgi sayılması ve kamuya açıklanması gerekebilecektir. Rehber'de bu durumu örneklemek adına, bir şirketin başka bir şirketin yönetimini ele geçirmeyi planlamasının, plan gerçekleşmese dahi içsel bilgi oluşturabileceği ifade edilmiştir<sup>49</sup>.

Özel Durumlar Rehberi'nde içsel bilginin sermaye piyasası araçlarının değerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek olması unsurunun tespiti için ise, AB düzenlemeleri ile uyumlu bir şekilde rasyonel bir yatırımcının söz konusu bilgiyi yatırım kararlarında

---

aracına ilişkin olması gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>45</sup> Avrupa Adalet Divanı tarafından içsel bilgiye ilişkin bir olayda verilen kararda, gelecekte oluşması beklenen durum ve olayların içsel bilgi sayılması için en azından gerçekleşme ihtimalinin gerçekleşmeme ihtimaline göre daha yüksek olması gerektiği yönünde değerlendirmeler yapılmış ve gerçekleşme ihtimali yüksek olmayan durum ve olaylarda dahi o durum veya olayın sermaye piyasası araçlarının değerine etkisini göz önünde bulundurmak gerektiği ifade edilmiştir. Avrupa Adalet Divanı, Markus Geltl v Daimler AG, C-19/11, 28 Haziran 2012, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124466&doclang=EN>>, Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020, §49-56.

<sup>46</sup> Özel Durumlar Rehberi, s. 4.

<sup>47</sup> Turanboy, s. 56.

<sup>48</sup> Şenol, s. 132-133.

<sup>49</sup> Özel Durumlar Rehberi, s. 6.; Fakat bu tür planların aşamalarının içsel bilgi oluşturması için, tarafların planlanan durumla ilgili gerekli incelemeleri yapmış olmaları ve böylece belirli bir mutabakata varmaları sebebiyle sonuca kesin gözüyle bakılması önemlidir. Neticede içsel bilginin oluşum sürecinde sonuca yaklaşıldıkça, ortaya çıkan durumun sermaye piyasası araçlarının değerini veya yatırımcıların yatırım kararını etkileme olasılığı da artmaktadır. Veliye Yanlı, "Özel Durumların Kamuya Açıklanmasında 'İçsel Bilgi' Kavramı", Güzin Üçışık/ Vedat Akgiray/ İbrahim Kurban/ Bünyamin Gürpınar/ Harun Kılıç/ Faruk Celep (Düz.), *Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu*, Renk Matbaacılık, 2011, <<https://docplayer.biz.tr/666339-Anonim-sirketler-ve-sermaye-piyasasi-hukukunda-guncel-gelistmeler-turk-alman-uluslararasi-sempozyumu-25-26-haziran-2010.html>>, Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020, s. 267.

dikkate alabilecek olması kriteri getirilmiştir<sup>50</sup>. Doktrinde, bu unsurun içsel bilgiye ilişkin yükümlülüklerin temelini oluşturduğu kabul edilmiş ve tespit edilebilmesi için ihraççıların şirket yapısı veya faaliyet sektörü gibi birçok etkenin, her olayın özelliğine göre göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>51</sup>.

### **b. İçsel bilginin açıklanması ve açıklamanın ertelenmesine ilişkin yükümlülükler**

Şirketlere ait sermaye piyasası araçlarının değeri yeni bilgi, olay ve gelişmelere göre devamlı olarak değişebilmektedir<sup>52</sup>. Dolayısıyla sermaye piyasası araçlarının değerindeki değişim beklentisine göre yatırım kararı alacak yatırımcılar için söz konusu bilgi, olay ve gelişmelerden derhal haberdar olabilmek son derece önemlidir. SerPK’de sermaye piyasası araçlarının değerini veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek bu tür bilgi, olay ve gelişmeler “özel durumlar” olarak adlandırılmış ve bunlarla ilgisi olan tarafların veya sermaye piyasası araçlarını ihraç edenlerin bu hususları kamuya açıklaması zorunlu tutulmuştur (SerPK m. 15/1). VI-104.1 sayılı PBE Tebliği’nde, özel durum açıklaması kapsamında kamuya açıklanması zorunlu olan ve “*sermaye piyasası araçlarının fiyatları, değerleri veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte*” olan açıklamaların yapılmaması piyasa bozucu eylem olarak kabul edilmiştir (m. 6/3).

Özel durum açıklamalarına ilişkin yükümlülüklerin detayı, II-15.1 sayılı ÖDT ve ÖDR ile SPK tarafından düzenlenmiştir. Özel durum açıklamaları kapsamında açıklanması ve kamuya duyurulana kadar da gizli tutulması gereken bilgiler<sup>53</sup>, içsel bilgi ve sürekli bilgi ayrımına tabi tutulmuştur. Sürekli bilgi “*içsel bilgi tanımı dışında kalan tüm bilgi, olay ve gelişmeleri*” ifade ediyor olmakla birlikte, kamuya açıklanması gereken “sürekli bilgiler” Kurul tarafından belirlenerek ilgili II-15.1 sayılı Tebliğ maddelerinde gösterilmektedir (II-15.1 m. 4/1(p)). Sürekli bilgi kavramının piyasa koşullarına göre yapılacak bir değerlendirme üzerine genişleyip değişebilecek bir kavram olmasından dolayı, çalışmanın ve mevzuat karşılaştırmasının konusu içsel bilgi ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla çalışmanın devamında yalnızca içsel bilgiye ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

İçsel bilgilerin açıklanması yükümlülüğü, temelde ihraççılara ait bir yükümlülük olmakla birlikte söz konusu bilgilerin bir ihraççının toplam oy haklarının, sermayesinin veya

<sup>50</sup> Özel Durumlar Rehberi, s. 5.

<sup>51</sup> Yanlı, s. 263-364; Söz konusu unsurun tespiti için Rehber’de bir takım yol gösterici önerilere de yer verilmiştir. Kurul önerilerine göre, benzer bilgilerin geçmişte piyasada yarattığı etki, bilginin yatırımcıların ve analistlerin en çok merak ettiği konulara ilişkin olması gibi değerlendirmeler içsel bilginin sermaye piyasası araçlarının değerini veya yatırımcıların kararını etkileyeceğine işaret edebilecektir. Özel Durumlar Rehberi, s. 4

<sup>52</sup> Mustafa İhtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, Beta, 2016, s. 176.

<sup>53</sup> II-15.1 sayılı Tebliğ, m. 25.

imtiyazlı paylarının %10'una sahip kişiler tarafından o ihraççının bilgisi olmaksızın öğrenilmesi halinde, ilgili kişiler için de açıklama yapma yükümlülüğü doğmaktadır (II-15.1 m. 5). İçsel bilgilere ilişkin özel durum açıklamaları, payları borsada işlem gören ihraççılar tarafından KAP'ta yapılmalıdır (II.15.1 m. 23/2). Ayrıca ihraççılar tarafından KAP'ta yapılan açıklamaların ihraççıların internet sitesinde de ilan edilmesi zorunlu tutulmuştur (II-15.1 m. 24/5)<sup>54</sup>. Yapılacak özel durum açıklamaları yatırımcıların karar vermelerine yardımcı olacak ölçüde, zamanında, tam, dolaysız, anlaşılabilir ve yeterli olmalıdır. Bununla birlikte, doğru bir değerlendirme yapılabilmesi için gerekli olduğu takdirde, açıklamalarda belirli miktarlara, tutarlara veya açıklanacak durumun karşı tarafına da yer verilmeli, henüz kesinleşmemiş özel durumlara ilişkin açıklamalarda belirsizliklerin olduğu ifade edilmeli ve yatırımcıların yanlış fikir edinmelerine neden olmayacak şekilde açıklama yapılmalıdır (II-15.1 m. 24).

Diğer taraftan, bir içsel bilginin öğrenildiği veya ortaya çıktığı anda açıklanması, ihraççılar için olumsuz sonuçlar da doğurabilmektedir. Bu durum karşısında, ÖDT'de yer alan belirli şartlar çerçevesinde içsel bilginin açıklanmasının ertelenmesine imkân tanınmıştır. Tebliğ'de bu şartlar; ihraççıların ertelemekten doğabilecek sorumlulukları üzerlerine almaları, kendi meşru çıkarlarının zarar görmemesi amacıyla ve yatırımcıların yanıltılmasına sebep olmayacak şekilde hareket etmeleri ve açıklanması ertelenen bilgilerin gizliliğini sağlamaları olarak ifade edilmiştir (II-15.1 m. 6/1). ÖDR'de özellikle gündemde olan bir anlaşmanın olası sonuçlarının açıklanması halinde anlaşma konusu sürecin olumsuz etkilenmesi ile ihraççının meşru çıkarlarının zarar görebileceği durumların ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Doktrinde bu duruma örnek olarak finansal güçlük içerisindeki şirketin kredi başvurusunda bulunmasının yatırımcılar tarafından duyulması halinde şirketin daha büyük zarara girerek kredi alamayacak hale gelmesi ihtimali gösterilmiştir<sup>55</sup>. Bu tür durumlarda yatırımcıların

<sup>54</sup> İhraççılar dışındaki gerçek veya tüzel kişiler tarafından payları borsada işlem gören ortaklıklar ile ilgili yapılacak özel durum açıklamaları da KAP işleticisine gönderilmekte ve KAP işleticisi tarafından platformda gerekli duyurular yapılmaktadır (II-15.1 m. 23/4). Payları borsada işlem görmeyen ihraççılar ise içsel bilgileri Kurul'a bildirmeli ve ilgili açıklamalar Kurul tarafından kamuya duyurulmalıdır (II-15.1 m. 23/2).

<sup>55</sup> Yanlı, s. 268; AB PBE Tüzüğü'nde bu durum kamu yararının korunması amacıyla erteleme imkanına ilişkin bir maddede ayrı bir erteleme sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 17/5). Kamu yararının korunması amaçlı erteleme imkânı, kredi kuruluşu veya yatırım kuruluşu sıfatına da sahip olan ihraççılar özelinde düzenlenmiştir. Bu ihraççıların büyük bankalar gibi tüm finansal sistemi etkileyebilecek kuruluşlar olmaları sebebiyle, açıklanacak bilginin finansal istikrar ve kamu yararı için tehlike oluşturacak bir bilgi olması gerekmektedir. Tüzük'te finansal istikrarı bozabilecek bilgilere örnek olarak; bu kuruluşların mali durumlarının geçici olarak bozulması sonucu bir merkez bankasına veya başka bir kredi kurumuna finansal destek için başvuruda bulduklarına dair bilgiler gösterilmiştir. Ayrıca kamu yararını koruma amaçlı erteleme imkanında, meşru çıkarların korunması amacıyla ertelemekten farklı olarak, ertelemenin yatırımcıları yanıltmayacak olması şartına yer verilmemiştir. Bu şarta yer verilmemiş olsa da erteleme imkanından yararlanmak isteyen ihraççıların kamusal otoritelerden izin alması zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla, söz konusu erteleme düzenlemesinde, finansal istikrarı koruma amacının, yatırımcıların yanıltıcı durumlara karşı korunması amacına tercih edilmiş olduğunu söylemek mümkündür. Neticede bu tür bir erteleme durumunda finansal istikrarın sağlanması adına

yanıtılmaması şartının gerçekleşmesi için ihraççıların erteme süreci boyunca yapacakları açıklamaların ve oluşturacakları algının ertelenen bilgiyle çelişmemesi gerekmektedir<sup>56</sup>. Ertelenen bilgilerin gizliliğinin sağlanması ise Tebliğ’de ihraççılara yönelik olarak düzenlenmiş bir başka yükümlülük olan içsel bilgilere erişimi olan kişilerin listesini hazırlama ve bildirme yükümlülüğü<sup>57</sup> ile bağlantılıdır. Bu bağlamda ihraççılar, Merkezi Kayıt Kuruluşu’na (MKK) bildirecekleri içsel bilgiye erişimi olan kişiler listesinde yer almayan kişilerin içsel bilgilere erişimini önleyecek düzenlemeler yapmak ve aynı zamanda içsel bilgilere erişimi olan kişileri de bu bilgilerle ilgili yükümlülüklerden ve yaptırımlardan haberdar edip kabul beyanlarını almak zorundadırlar (II-15.1 m. 6/3). Bu şekilde gizlilik sağlanamaması halinde ise ihraççıların içsel bilgileri kamuya açıklamaları gerekmektedir<sup>58</sup>.

İçsel bilgi açıklama yükümlülüğü kapsamında Tebliğ’de açıklanması zorunlu tutulan bir diğer husus, ihraççının idari sorumluları<sup>59</sup>, bunlarla yakın ilişkili kişiler<sup>60</sup> ve ihraççının ana ortağı tarafından ihraççının payları ve bu paylara dayalı diğer sermaye piyasası araçları (paya dayalı türev araçlar da dahil olmak üzere) üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin tutarının belirli bir miktarı aşması durumunda gündeme gelmekte ve gerekli açıklamaların işlemi gerçekleştiren kişiler tarafından yapılması öngörülmektedir (II-15.1 m. 11). Bu düzenlemede, idari sorumluluğu bulunan kişilerin ihraççıyı ilgilendiren içsel bilgilere erişiminin kolaylığı ve bu kişilerin sahip oldukları içsel bilgileri yakın ilişki içerisinde oldukları kişilerle de paylaşma

---

yatırımcıların ilgili kurumların finansal anlamda güçlü olduklarına inanmaya devam etmesi gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında, mevzuatımızda da içsel bilgi açıklamalarının ertelenmesine ilişkin düzenlemelerin devamında bu tür bir erteleme imkanına da yer verilmesi, piyasaların bütüncül ve kapsamlı bir şekilde gözetimi açısından faydalı olabilecektir.

<sup>56</sup> Özel Durumlar Rehberi, s. 20.

<sup>57</sup> II.15.1 sayılı ÖDT’ye göre içsel bilgiye erişimi olanların listesinde, iş akdi ile veya başka bir şekilde ihraççıya bağlı olarak çalışan ve içsel bilgiye düzenli erişimi olan çalışanların yer alması gerekmektedir. Ayrıca Tebliğ’de idari sorumluluğu bulunan kişilerin içsel bilgiye sahip olduğu da varsayılmıştır (m. 7/1,2).

<sup>58</sup> Tebliğ’e göre içsel bilgiye ilişkin açıklama yükümlükleri, ihraççıyla ilgili olarak herhangi bir kitlesel iletişim aracında çıkan ve içsel bilgi kapsamına girebilecek nitelikteki haber veya söylentilerin doğrulanması gerektiğinde de ortaya çıkmaktadır (II-15.1 m. 9). Bu tür bir doğrulama, haber veya söylentilerin ilk kez kamuya açıklanan bir konu ile ilgili olması veya daha önce ihraççının yaptığı açıklamalarla çelişmesi halinde yapılmalıdır. İhraççıların söz konusu haber veya söylentinin kamuya açıklanması ertelenmiş bir bilgiyle alakalı olduğunu fark etmesi halinde de erteleme koşullarının ortadan kalktığı kabul edilmekte ve ihraççıların ertelenen bilgiyi kamuya açıklamaları gerekmektedir (II-15.1 m. 9/2).

<sup>59</sup> ÖDT’te göre idari sorumluluğu bulunan kişiler, ihraççının yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyesi olmadığı halde içsel bilgiye erişimi olup ihraççı adına idari karar alabilen kişilerdir (m. 4/1(f)).

<sup>60</sup> ÖDT’ye göre yakın ilişkili kişiler; “1) İdari sorumluluğu bulunan kişinin eşini, çocuklarını ve idari sorumluluğu bulunan kişi ile söz konusu işlemin gerçekleştirildiği dönemde aynı evde ikamet eden kişileri, 2) İdari sorumluluğu bulunan kişiler veya (1) numaralı alt bentte belirtilen kişiler tarafından idari sorumlulukları üstlenilen veya doğrudan ya da dolaylı olarak bu kişiler tarafından kontrol edilen veya bu kişiler yararına kurulmuş olan veya ekonomik çıkarları esas olarak bu kişilerin ekonomik çıkarları ile aynı olan tüzel kişi, kurum veya ortaklıkları, 3) Sermaye piyasası aracı bir borsada işlem gören ihraççının Kurul düzenlemelerine göre hazırlanmış son yıllık finansal durum tablosundaki aktif toplamının %10 veya daha fazlasını oluşturan bağlı ortaklıklarının; (f) bendi ile bu bendin birinci ve ikinci alt bentlerinde belirtilen kişileri” ifade etmektedir (m. 4/1(g)).

veya bu kişilerin hesapları üzerinden işlem gerçekleştirme ihtimalleri göz önünde bulundurulmuştur. Bu durumda, Tebliğ'in 11. Maddesinde sayılan kişilerin belirli miktarın üzerinde işlem gerçekleştirmesi, kamuya açıklanmamış bir içsel bilginin varlığına işaret edebilmektedir. Dolayısıyla ilgili madde ile kamuya açıklanmamış bir içsel bilgiden haksız bir şekilde ve önemli tutarlarda menfaat temin edebilecek kişilerin sürekli bir piyasa gözetimi altında tutulmaları sağlanmak istenmiştir.

### c. İçsel bilginin ilişkili olduğu sermaye piyasası aracında işlem yapma yasağı

PBE Tebliği'ne göre; içsel bilgiye sahip kişilerle bunların yakın ilişkili olduğu kişilerin, ihraççıların düzenlediği finansal tablo ve raporlar ile bu tablo ve raporlar için alınan bağımsız denetim raporlarının “*hazırlanmış hesap döneminin<sup>61</sup> bitimini izleyen günden söz konusu tablo ve raporların mevzuata uygun şekilde kamuya durulmasına kadar geçen süre içerisinde*”, ihraççının sermaye piyasası araçlarında işlem yapması piyasa bozucu eylem olarak kabul edilmektedir (VI-104.1 m. 4/3). İçsel bilgiye sahip olan kişiler;

*“ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticilerini, ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişileri, iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişileri<sup>62</sup>, içsel bilgi veya sürekli bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişileri<sup>63</sup>, sahip oldukları bilginin içsel bilgi veya sürekli bilgi niteliğinde olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişileri,”*

ifade etmektedir (VI-104.1 m. 3/1(ç)). Tebliğ'deki eylemlerin oluşmasında herhangi bir manevi unsurun tespit edilmesi şart koşulmadığından, içsel bilgiye sahip olan kişi gruplarının idari yaptırıma tabi tutulabilmeleri için, sahip oldukları bilginin içsel bilgi olduğunun bilincinde olarak hareket etmeleri gerekmemektedir. Dolayısıyla Tebliğ'de “*içsel bilgilere sahip olan kişiler*” olarak ifade edilen kişilerin içsel bilgiye sahip oldukları varsayılmış ve bu kişilerin belirli davranışları sebebiyle piyasa bozucu eylemler gerçekleştirdikleri kabul edilmiştir<sup>64</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki içsel bilgilere sahip kişi gruplarından “*içsel bilgileri*

<sup>61</sup> Kurul, 28.05.2014 tarihli ve 16/514 sayılı ilke kararında “hesap dönemi” ifadesinin 6 aylık ve 12 aylık dönemleri ifade ettiğini kabul etmiştir. Bu durumda her yılın ocak ayı ve temmuz ayının ilk gününden başlayacak yasak süresi finansal tabloların yayımlanmasıyla son bulacaktır.

<sup>62</sup> Bu kapsamdaki kişilerin çalışma ve görev ilişkisi ihraççı ile olmak zorunda değildir. Örnek olarak bir borsa çalışanının işi gereği sahip olduğu bilgiler, bir kamu görevlisinin piyasaları etkileyecek bir hukuki reforma ilişkin önceden edindiği bilgiler veya bir merkez bankası çalışanının özellikle borçlanma araçlarındaki fiyatları etkileyebilecek olan faiz oranı değişikliklerinin yapılacağı bilgisine sahip olması da iş ve görev dolayısıyla edinilen içsel bilgi sayılabilmektedir. Moloney, s. 724.

<sup>63</sup> Suç işlemek suretiyle bir içsel bilgiye erişmek mümkünken piyasadaki fiyatlandırma üzerinde önemli etkiler doğurabilecek bir suçun kendisi de içsel bilgi sayılabilir. Gerner-Beuerle, s. 704.

<sup>64</sup> Çağlar Manavgat, “Türk Hukukunda ‘İçeriden Öğrenen’ Kavramı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 19(4), 1998, <<https://www.jurix.com.tr/article/6067>> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2020, s. 186.

*suç işlemek suretiyle elde eden kişiler*” ile “*sahip oldukları bilginin içsel bilgi niteliğinde olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler*” için bu varsayımın geçerli olmayacağı açıktır<sup>65</sup>.

Yukarıdaki piyasa bozucu eylem düzenlemesi ile faaliyet dönemleri sonunda finansal tabloların oluşturulduğu, bağımsız denetçinin tabloların mevzuata uygunluğunu değerlendirdiği ve henüz konuyla ilgili kamuya açıklamanın yapılmadığı dönemde, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticilerin<sup>66</sup> bu sürece dahil olmalarından dolayı kamuya açıklanmamış bilgilere sahip oldukları varsayılmış ve bu bilgileri kullanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır<sup>67</sup>. Bu durumda, içsel bilgiye sahip olmayan ve ortaklıkla aralarında hukuki bir ilişki de bulunmayan eş, çocuk ve aynı evi paylaşan yakın ilişkili kişilerin yasak kapsamına alınmasının düzenleme amacını aştığı düşünülmektedir<sup>68</sup>. Ayrıca pay sahibi olmaları veya meslek ya da görevleri sebebiyle içsel bilgiye sahip olduğu varsayılan herkesin finansal tablo ve raporların oluşum sürecine dahil olup bu konudaki içsel bilgileri edinmesi de mümkün gözükmemektedir<sup>69</sup>. Sayılan tüm bu kişilerin, gerçekten içsel bilgiye sahip olarak bu bilgiye dayalı işlem yapmış olmaları da aranmadığından, söz konusu yasaklamanın kapsamının fazla geniş tutulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>70</sup>. Mevzuatımızdaki aşırı müdahale içeren bu düzenleme karşısında AB PBE Tüzüğünde, bu dönemdeki işlem yasağı yalnızca finansal tablolarla ilgili içsel bilgilere doğrudan ulaşabilecek olan yönetici kadrosu için getirilmiş ve hatta ihraççıların işleme onay vermesi şartıyla ve bazı istisnai gereklilik hallerinde yasaklı

<sup>65</sup> Doktrinde, sahip oldukları bilginin içsel bilgi olduğunun bilen kişilerin de varsayıma dayalı olarak piyasa bozucu eylem gerçekleştirdikleri iddia edilmiştir. Ali İhsan Karacan, *Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar Cilt I*, Legal, 2017, s. 506.; Fakat bu kişilerin piyasa bozucu eylemlerden sorumlu tutulabilmesi için sahip oldukları bilginin içsel bilgi olduğunu bildiklerinin ispat edilmesi gerekeceğinden bu kişiler için varsayımsal bir piyasa bozucu eylemden bahsedilemeyecektir.

<sup>66</sup> PBE Tebliği’nde yönetici kavramının tanımlaması yapılmamıştır. Doktrinde, ihraççıları yöneticilerinin bilgiye erişimdeki avantajlı pozisyonlarının piyasadaki eşitliğe zarar vermesini engellemek amacı güden bir başka düzenleme olan Özel Durumlar Tebliği’ndeki idari sorumluluğu bulunan kişilere ilişkin tanımın yöneticiler için de kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Karacan, s. 508.; Özel Durumlar Tebliği’ndeki tanım, “1) *İhraççının yönetim kurulu üyeleri*, 2) *Yönetim kurulu üyesi olmadığı halde, ihraççının içsel bilgilerine doğrudan ya da dolaylı olarak düzenli bir şekilde erisen ve ihraççının gelecekteki gelişimini ve ticari hedeflerini etkileyen idari kararları verme yetkisi olan kişiler*” şeklindedir (m. 4/1(f)).

<sup>67</sup> Manavgat, *Halka Açık Anonim Ortaklıklar*, s. 275.

<sup>68</sup> Aynı yönde görüşler için bkz. Manavgat, *Halka Açık Anonim Ortaklıklar*, s. 276.

<sup>69</sup> Bir ihraççının kurumsal pay sahiplerinin o ihraççı üzerindeki etkilerinin ve kararlara katılımının küçük pay sahiplerine göre çok daha fazla olması sebebiyle küçük pay sahiplerinin içsel bilgiye erişim imkanlarının son derece kısıtlı olacağı ve pay sahipliği sebebiyle içsel bilgiye de sahip olduğu varsayılan kişi grubuyla kastedilenin kurumsal pay sahipleri olması gerektiği yönünde görüşler için bkz. Moloney, s. 723; Turanboy, s. 82.

<sup>70</sup> Her ne kadar uygulamada içsel bilgiye sahip kişi kategorilerinde yer alanların bu bilgiyi kullanarak yakınlarının hesapları üzerinden işlem gerçekleştirme ihtimalleri yüksekse de vekaletname olmaksızın başkasının hesabından emir ileten veya işlem gerçekleştiren kişilerin ve bir başkasına kendi hesabını kullandıranların Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nin 7/2. Maddesi uyarınca idari yaptırıma tabi tutulması da mümkündür. Çalışmanın ilerleyen başlıklarında da ifade edileceği üzere, bu tür ilişkilerin ispatının son derece zor olması karşısında idari otoriteye farklı denetim yetkilerinin verilmesi gibi çözümler benimsenmelidir.



dönemde yöneticilerin ihraççının sermaye piyasası aracında işlem yapmaları mümkün kılınmıştır<sup>71</sup>. Dolayısıyla bu konuda AB mevzuatının kamusal müdahale ve serbest piyasa dengesini gözetmede daha özenli olduğunu söylemek mümkündür.

Benzer bir aşırılığa, içsel bilgiye ilişkin bir başka piyasa bozucu eylem düzenlemesinde daha rastlanmaktadır. İlgili düzenlemede, içsel bilgiye sahip olan kişilerin ve bunların yakın ilişkili olduğu kişilerin, “*içsel bilginin kesinleşmesinden mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen süre içerisinde*” bilginin alakalı olduğu sermaye piyasası araçlarında işlem yapmaları piyasa bozucu eylem olarak kabul edilmiştir (m. 4/4). AB PBE Tüzüğü’nde ise “içeriden öğrenenlerin ticareti” adı altında düzenlenen bu tür piyasa bozucu eylemler, yalnızca içsel bilgiye sahip olan kişi kategorileri için yasaklanmış olup bu kişilerin yakınları doğrudan içeriden öğrenenlerin ticareti yasağı kapsamında değerlendirilmemiştir<sup>72</sup>. Burada yakın ilişkili kişilerin kapsama alınmasının yanında, “içsel bilginin kesinleşmesi” ifadesinin kullanımının da sakıncalı olduğu düşünülmektedir. Doktrinde, bilginin sermaye piyasası aracının fiyatını, değerini veya yatırımcıların yatırım kararını etkileyebilecek olması için kesinleşmeyi gerekli gören ve bu sebeple kesinleşmenin kamuya açıklanması gereken bir içsel bilginin ortaya çıkması için de şart olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır<sup>73</sup>. Fakat özel durum açıklamalarına ilişkin başlıkta da değinildiği üzere, ÖDR’de bir bilginin içsel bilgi sayılması için niteliklerinin belirli olması aranmıştır. Belirli nitelikte bilgi ise, mevcut veya rasyonel olarak gerçekleşmesi muhtemel olay veya koşulların göstergesi olan ve söz konusu olay veya koşulların sermaye piyasası araçlarının değerindeki veya yatırımcıların yatırım kararlarındaki etkilerini değerlendirebilecek kadar belirli ve somut olgulara dayanan bilgidir<sup>74</sup>. Ayrıca Rehber’de açıkça içsel bilgiye ilişkin açıklamalarda henüz kesinleşmemiş unsurlara da yer verilmesi gerektiğinden bahsedilmiş<sup>75</sup> ve II-15.1 sayılı ÖDT’de ise henüz kesinleşmemiş olay veya koşullar sebebiyle belirsiz olan özel durumlara ilişkin açıklamaların içermesi gereken hususlar düzenlenmiştir (II-15.1 m. 24/2). Öte yandan, her ne kadar AB PBE Tüzüğü’nde de içsel bilginin nitelikleri belirli bir bilgi olma unsuru “kesin nitelikte” bilgi ifadesiyle düzenlenmişse de kullanılan bu ifade bilginin kesinleşmiş olması anlamında gelmemektedir. İlgili Tüzüğün 7. Maddesine göre kesin

<sup>71</sup> Bu hükümler, Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü’nün 19/11 ve 19/12. Maddelerinde yer almaktadır.

<sup>72</sup> AB mevzuatında içeriden öğrenenlerin ticareti yasağı kapsamında sayılan kişi grupları, Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü’nün 8. Maddesinin 1. Fıkrasında düzenlenmiştir.

<sup>73</sup> Manavgat, *Halka Açık Anonim Ortaklıklar*, s. 275; Bu görüş karşısında, bilginin yeter derecede kesin olmasını içsel bilginin niteliklerinden biri olarak kabul eden ve bu yeter derece kesinliği de bilginin kaynağının güvenilir olması ile ilişkilendiren görüş için bkz. Turanboy, s. 55-56.

<sup>74</sup> Özel Durumlar Rehberi, s. 4.

<sup>75</sup> Özel Durumlar Rehberi, s. 20.

nitelikteki bilgi; mevcut veya gelecekte oluşması beklenen durum ve olaylara ilişkin bilgidir. Ayrıca bilginin kesin nitelikte sayılması için, söz konusu durum ve olayların bir sermaye piyasası aracı veya spot emtia sözleşmesi fiyatı üzerindeki muhtemel etkileri hakkında sonuç çıkarılabilecek kadar özelleştirilmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla AB mevzuatına göre de içsel bilgiye dayalı işlemler yapılmasının piyasa bozucu eylem oluşturması için söz konusu bilginin kesinleşmiş olmasının aranmadığını söylemek mümkündür.

PBE Tebliği'nde içsel bilginin kamuya açıklanmasına ilişkin yükümlülüklerden farklı olarak bu bilgilerin kesinleşmesinden bahsedilmesinin, Tebliğ'de yasaklanan eylemin belirli bir içsel bilginin bilinçli bir şekilde kullanılmasına yönelik olmayışından kaynaklandığı düşünülebilir. Yasak kapsamında “içsel bilgiye sahip olan” kişi gruplarının ve bunların yakınlarının, içsel bilgiye sahip olduğunun varsayılması ve özellikle bu tür bir bilgiye dayalı olarak işlem yapmalarının aranmaması sebebiyle yasağın kesinleşmiş bilgilerle sınırlı tutulmasının makul bir yanı da bulunmaktadır. Çünkü içsel bilgiye veya sürekli bilgiye gerçekte sahip olmayan kişilerin belirli bir zaman aralığında yalnızca kendi yatırım kararları doğrultusunda işlem yapmasının yasaklanması ve işlemlerin piyasa bozucu eylem oluşturmadığı hususunda ispat yükünün bu kişilerin üzerinde bırakılması halihazırda ağır bir müdahaledir. Fakat aynı zamanda içsel bilgilere dayalı işlem yapıldığının ispatı son derece zor olacağından, belirli kişilerin konumlardan dolayı bu bilgilere sahip olduğunun varsayılması, piyasa bozucu etkisi olan eylemlerin yaptırıma tabi tutulabilmesi için tek yol olabilmektedir<sup>76</sup>. Mevcut düzenlemede ise henüz kesinleşmemiş olan içsel bilgilerin oluştuğu dönemde, özellikle bu bilgilere erişim ihtimali yüksek olan kişi gruplarının ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapması, piyasa bozucu eylemlere ilişkin yaptırım sisteminin dışında kalmaktadır. Bu bağlamda, içsel bilginin kesinleşmiş olmasını aramayan fakat aynı zamanda içsel bilgiye sahip kişilerin yakın ilişkili oldukları kişileri kapsam dışında tutan bir düzenleme değişikliğine gitmenin doğru olacağı düşünülmektedir. Fakat bu durumda dahi sorumluluktan kurtuluş, işlemin makul ekonomik veya finansal gerekçesini açıklamak ya da ilgili işlem sebebiyle piyasa işleyişinin bozulmadığını ispat etmek ile mümkün olacaktır<sup>77</sup>. Dolayısıyla içsel bilgiye sahip oldukları ve bunu kullandıkları varsayılan kişiler için kurtuluş imkanlarının son derece belirsiz ve yol gösterici olmaktan uzak şekilde düzenlenmiş olması, uygulamada

<sup>76</sup> Bkz. Avrupa Adalet Divanı, Spector Photo Group kararı, §36-37.

<sup>77</sup> SerPK m. 104'te yer alan “*Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler*” şeklindeki piyasa bozucu eylemler tanımının aynı zamanda bu eylemlere ilişkin sorumluluktan kurtuluşun şartlarını da içerdiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla kişiler eylem ve işlemin makul ekonomik veya finansal gerekçesi olduğunu veya piyasaların çalışmasını bozacak nitelikte olmadığını ortaya koymak şartıyla sorumluluktan kurtulabileceklerdir.

sorun oluşturabilecektir.

Dikkat edileceği üzere bu başlık altındaki iki piyasa bozucu eylem türünde de yasaklanan davranış “işlem yapmak” olarak ifade edilmiştir. İşlem yapmak, teşkilatlanmış veya tezgahüstü piyasada alım veya satım yapmak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla alım veya satım emrinin işleme dönüşmeden iptal edilmesi halinde işlem yapılmamış olacağı için emir iptal etmek veya emir değiştirmek fiilleri kapsam dışında kalmaktadır<sup>78</sup>. Fakat içsel bilgiye dayalı olarak verilen emrin iptal edilmesinin veya değiştirilmesinin piyasa bozucu eylem olarak kabul edilmemesi, içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylem yasaklamalarının amacı ile bağdaşmamaktadır. AB PBE Tüzüğü’nde de içsel bilginin bağlantılı olduğu sermaye piyasası araçlarında emir iptal etmek ve emir değiştirmek de piyasa bozucu eylem olarak kabul edilmektedir (m. 8/1). Gerçekten de piyasaya iletilen bir alım veya satım emrinin işleme dönüşmesinden önceki zaman diliminde bir içsel bilgiye sahip olunması ve söz konusu emrin iptal edilmesi veya değiştirilmesi de diğer yatırımcılara göre avantajlı bir konum elde etmek anlamına gelecek ve piyasa güvenilirliğini içsel bilgiye dayalı işlem yapıldığı durumlarla aynı ölçüde zedeleyebilecektir. Dolayısıyla PBE Tebliği’nde yapılacak bir değişiklikte, AB düzenlemesine uygun olarak emir iptali ve emir değişikliği eylemlerinin de piyasa bozucu eylem kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, VI-104.1 sayılı Tebliğ’de yer alan içsel bilgilerle bağlantılı bir başka piyasa bozucu eylem türünde emir vermeye dayalı eylemlerin de kapsama alınmış olması, yukarıdaki düzenlemelerdeki tercihin bilinçli olmadığına işaret etmektedir. İlgili Tebliğ maddesine göre; sermaye piyasası araçlarının fiyatını veya değerini etkileyebilecek büyüklükteki yatırımcı emirlerinin bilgisine vakıf olan kişilerin, söz konusu emirin ilgili piyasaya veya yatırım kuruluşuna iletilmesinden önce, “*emre konu olan sermaye piyasası aracında veya bu araçla ilgili diğer sermaye piyasası araçlarında emir vermesi, verilen emri değiştirmesi ya da iptal etmesi veya söz konusu emirlere ilişkin bilgileri üçüncü şahıslara aktarması*” piyasa bozucu eylem oluşturmaktadır (m. 7/1). Bu tür davranışların yasaklanması, özellikle aracı kuruluşların ve çalışanlarının, meslek ve görevlerinin ifası gereği öğrendiği bilgileri, müşterilerle olan güven ilişkisini zedeleyecek ve haksız bir şekilde avantaj elde edecek şekilde kullanmasını önlemeye yöneliktir<sup>79</sup>. Öte yandan, büyük miktarlı blok işlemler yapacak olan kişilerin de bu işlemleri sebebiyle ilgili sermaye piyasası aracı fiyatı üzerinde ileri tarihte oluşacak artış veya azalış bilgisine vakıf olduğu düşünüldüğünde,

<sup>78</sup> Dursun, s. 278.

<sup>79</sup> Bu tür eylemler “*frontrunning*” olarak da adlandırılmaktadır. Pınar Gürel, “Büyük Miktarlı Emir Bilgisine Dayanarak İşlem (Frontrunning) Yapanların Sorumluluğu”, *Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etütleri*, Ankara, 2003, <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/7/2>>, Erişim Tarihi 02 Temmuz 2020, s. 23.

bu kişilerin işlem bilgisini kullanarak avantaj elde etmeye çalışması ve bu yasaklama kapsamına girmesi mümkündür. Böyle durumlarda, büyük hacimli işlemlere konu olacak sermaye piyasası aracının dayanak varlık olduğu vadeli işlem sözleşmeleri yapılarak türev piyasalarda avantajlı bir pozisyon elde edilebilecektir<sup>80</sup>. Fakat bu tür durumlarda ihlal değerlendirmesi yapılırken AB PBE Tüzüğü'nde düzenlenen hukuka uygun davranış örneklerinin dikkate alınması doğru olacaktır. Tüzüğün 9. Maddesine göre, bazı eylemleri gerçekleştiren kişilerin yalnızca içsel bilgiye sahip olmaları, söz konusu eylemleri gerçekleştirirken içsel bilgiyi kullanmak suretiyle içeriden öğrenenlerin ticareti yasağını ihlal ettikleri anlamına gelmeyebilecektir. Bu bağlamda, bir kişinin belirli bir sermaye piyasası aracında yapacağı büyük miktarlardaki işlemler, kamuya açıklanmaları halinde o sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebilecek olsa da bu tür işlemlere dair bilgiler yalnızca bu sebeple içsel bilgi olarak kabul edilmemelidir<sup>81</sup>. Dolayısıyla Tüzük düzenlemesi uyarınca, kişinin bu alım satım kararını sadece kendi bilgilerini kullanarak ve başka herhangi bir içsel bilgiye dayanmadan verdiği ve daha sonraki işlemlerinde de yalnızca mevcut yatırım planları doğrultusunda hareket ettiği durumlarda, içeriden öğrenenlerin ticareti yasağı ihlal edilmiş sayılmayacaktır (m. 9/5)<sup>82</sup>. Türk hukukunda ise daha önce de bahsedildiği üzere AB Tüzüğü'ndeki gibi hukuka uygun davranış kalıplarına ilişkin bir düzenleme yapılmayıp işlemin makul ekonomik veya finansal gerekçesini açıklamak ya da ilgili işlem sebebiyle piyasa işleyişinin bozulmadığını ispat etmek şeklinde genel kurtuluş imkanları sunulmuştur. Yine de AB mevzuatındaki bu tür düzenlemelerin uygulamada yol gösterici olabileceği düşünülmektedir.

#### **d. İçsel bilgileri hukuka aykırı olarak açıklama yasağı**

PBE Tebliği'nde içsel bilgiye sahip kişilerin söz konusu bilgileri, henüz kamuya

<sup>80</sup> Çağlar Manavgat, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2008, s. 65.

<sup>81</sup> Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü gerekçesinin 31. maddesi.

<sup>82</sup> Hukuka uygun sayılacak davranışları düzenleyen ilgili maddeye göre, içsel bilgiye sahip tüzel kişiler, içsel bilginin ilişkili olduğu sermaye piyasası araçlarında tüzel kişi adına ve hesabına alan veya satan gerçek kişilerin içsel bilgiye erişimlerini kısıtlamak için gerekli önlemleri almış oldukları ve söz konusu gerçek kişileri o araçlarda alım satım yapmaları için teşvik etmedikleri takdirde içeriden öğrenenlerin ticaretinden sorumlu tutulmayabilecektir (m. 9/1). İçsel bilgiye sahip olan işlem aracı kuruluşlar veya kişiler için ise içsel bilgiyle ilişkili araçlarda, görevlerinin gereği olarak yaptıkları müşteri emirlerinin iletimi gibi işlemler içeriden öğrenenlerin ticareti kapsamı dışında kalabilecektir (m. 9/2). İçeriden öğrenenlerin ticareti sayılmayabilecek bir diğer durum, kişinin içsel bilgiye sahip olmadan önceki dönemde herhangi bir şekilde emir iletimi yükümlülüğü altında girmiş olması veya hukuki ya da idari başka bir yükümlüğe sahip olması ve içsel bilgiyi edindikten sonra da söz konusu yükümlülükleri yerine getirme amacıyla işlem yapıyor olmasıdır (m. 9/3). Birleşme ve devralma süreçleri sebebiyle içsel bilgiye sahip kişilerin davranışları da içsel bilgileri yalnızca devralma ve birleşme süreçlerini devam ettirme amacıyla kullanmaları ve birleşmenin onaylandığı veya devralma teklifinin pay sahiplerince kabul edildiği tarihte içsel bilginin kamuya açıklanmış olması şartlarıyla, içeriden öğrenenlerin ticareti fiilini oluşturmayaacaktır (m. 9/4).

açıklanmadan doğrudan veya dolaylı olarak bir başkasına aktarması yasaklanmış olmakla birlikte bilginin aktarıldığı kişinin ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapması da piyasa bozucu eylem olarak kabul edilmiştir (m. 4/1,2). İçsel bilginin dolaylı olarak aktarılmasıyla kastedilen, bilginin ilk aktarıldığı kişinin bu bilgiyi başkalarına da aktardığı bir zincir oluşturulmasıdır. Fakat bilgiyi dolaylı olarak alan kişinin bunun içsel bilgi olduğunu bilmesine ilişkin herhangi bir şart getirilmemesi, “*sorumluluk zincirininin tesadüfi nedenlerle uzamasına*” sebep olabilecektir<sup>83</sup>. Bu durum ise sermaye piyasalarında işlem gerçekleştirme özgürlüğüne ağır bir müdahale doğrucaktır. Dolayısıyla içsel veya sürekli bilgilerin aktarıldığı kişilerin piyasa bozucu eylem sorumluluğu altında kabul edilebilmeleri için söz konusu bilginin içsel bilgi olduğunu bildiklerinin veya bilmeleri gerektiğinin ispatı şarttır. Böylece kendisine bilgi aktarılan kişiler, Tebliğ’de düzenlenen içsel bilgiye sahip kişi gruplarından “*sahip oldukları bilginin içsel bilgi veya sürekli bilgi niteliğinde olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler*” grubu kapsamında sayılacaktır. Ayrıca içsel veya sürekli bilgilerin başkalarına aktarılması eylemlerinde, basın özgürlüğü kapsamındaki faaliyetlerin piyasa bozucu eylem sayılmayacağına da dikkat edilmesi gerekmektedir (VI-104.1 m. 8).

İçsel bilginin hukuka aykırı olarak açıklanması sayılabilecek fiillerin kapsamının son derece geniş tutulabileceği düşünüldüğünde, piyasadaki kamusal müdahalenin dengelenmesi adına bir takım davranışların açık kriterlerle bu kapsam dışında tutulması doğru olacaktır. Bu noktada, Avrupa Adalet Divanı’nın şirketlerin birleşme görüşmelerine ilişkin içsel bilgilerin açıklanması konulu bir uyuşmazlık için 2005 yılında verdiği kararında, bir fiilin içsel bilginin hukuka aykırı olarak kamuya açıklanması yasağı dışında değerlendirilebilmesi için getirmiş olduğu kriterler önemlidir. Bu kriterler; bilginin açıklanması ile hizmet, meslek veya görev arasındaki ilişkinin sıkı olması, bilginin açıklanmasının hizmet, meslek veya görevin yerine getirilmesi için kesinlikle gerekli olması ve açıklanan bilginin hassasiyeti şeklinde belirlenmiştir<sup>84</sup>. AB PBE Tüzüğü öncesi dönemde bu kriterlerin de çok katı olduğu ve piyasaların işleyişi içerisinde birçok davranışı yine de hukuka aykırı kılacağı eleştirileri getirilmiştir<sup>85</sup>. Eleştiriler karşısında, Tüzüğün 11. Maddesinde içsel bilginin hukuka aykırı olarak açıklanması sayılmayacak “piyasa yoklamaya yönelik davranışlar” (*market soundings*) düzenlenmiştir. Piyasa yoklamaya yönelik davranışlar, gerçekleşmesi muhtemel bir işlem için

<sup>83</sup> Manavgat, “Türk Hukukunda ‘İçeriden Öğrenen’ Kavramı”, s. 203.

<sup>84</sup> Avrupa Adalet Divanı, Knud Grøngaard v Allan Bang, C-384/02, 22 Kasım 2005, <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56135&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&oc c=first&part=1&cid=3535161>>, Erişim Tarihi 11 Ağustos 2020, §48.

<sup>85</sup> Moloney, s. 726.

piyasa talebine yönelik geri dönüş almak ve işlemin istenen başarıyı sağlayıp sağlayamayacağını ölçmek adına içsel bilgi oluşturabilecek bilgilerin potansiyel yatırımcılara açıklanmasıdır<sup>86</sup>. Maddede her ne kadar gerçekleşmesi muhtemel işlemler sınırlandırılmamış olsa da<sup>87</sup> birleşme ve devralma durumlarındaki piyasa yoklamaya yönelik davranışlar özellikle düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, birleşme ve devralma sürecini devam ettirme kararı alabilmek için pay sahiplerinin istekli olup olmadığının bilinmesi gerekiyorsa içsel bilgilerin pay sahiplerine açıklanması yasak kapsamı dışında değerlendirilecektir<sup>88</sup> (m. 11/2). Bu tür düzenlemelerin Türk hukuku kapsamına da alınması, hem sermaye piyasalarının sağlıklı işleyişi için yürütülmesi gerekli olan faaliyetleri sürekli bir yaptırım tehdidi altında bırakmamak hem de piyasa aktörleri için yol gösterici rehber oluşturmak adına doğru bir yaklaşım olacaktır.

## 2. İdari Denetim Sistemleri

SPK'nin denetim yetkileri, sermaye piyasası kurumlarına, halka açık veya halka açılmak isteyen ortaklıklara ve piyasalarda aktivite gösteren tüm gerçek ve tüzel kişilere yönelik mevzuat ve mali bünye denetimini<sup>89</sup> kapsamaktadır (SerPK m. 89). SPK'nin doğrudan kullanabileceği denetim yetkileri; ilgili tüm tüzel ve gerçek kişilerden gerekli görülen bilgi ve belgeleri istemek, bu kişilerin tüm defter ve kayıtları ile bilgi içeren araçları ve bilgi sistemlerini incelemek, incelenecek tüm kayıt ve sistemlere erişimin sağlanmasını istemek ve bunların örneklerini almak, işlem ve hesap denetimi yapmak, ilgili herkesten yazılı ve sözlü bilgi almak ve denetime ilişkin tutanak düzenlemektir. Kurul'un denetim faaliyetleri sırasında kullanabileceği bir diğer önemli yetki ise sulh ceza hakimliğinden arama kararı çıkarılmasını doğrudan talep etme yetkisidir (SerPK m. 89/3). Ayrıca arama sırasında ele geçirilen belgelerin yerinde incelenmesi mümkün değilse bunların muhafaza altına alınarak

<sup>86</sup> Alexander/ Maly, s. 247.

<sup>87</sup> PBE Tüzüğü'ndeki 11.12.2019 tarihli değişiklikle 11. Maddeye eklenen 1a. Fıkrasına göre; profesyonel yatırımcılara yapılan satışlarda, sözleşmesel şartları ve gerçekleştirilecek borçlanma aracı ihracı şartlarını görüşmek için bu yatırımcılara bilgi aktarılması Tüzüğün 10/1. Maddesi uyarınca normal iş, meslek ve görev kapsamında yapılan açıklama sayılacak ve hukuka aykırı davranış oluşturmayacağı gibi piyasa yoklamaya yönelik eylem olarak da kabul edilmeyecektir. Fakat ilgili maddede profesyonel yatırımcılara bu şekilde bilgi açıklayan ihraççının veya ihraççı adına hareket eden kişinin, söz konusu yatırımcıları içeriden öğrenenlerin ticareti ve içsel bilginin hukuka aykırı olarak açıklanması yaptırımları konusunda bilgilendirmesinin ve bu hususta yatırımcılardan yazılı onay almasının zorunlu olduğu da açıkça ifade edilmiştir (PBE Tüzüğü, m. 11/1a).

<sup>88</sup> Ayrıca açıklama yapılacak kişilere, açıklanacak bilginin içsel bilgi olduğu ve bu bilgiyi kullanarak işlem yapılmasının hukuken yasaklanmış olan içeriden öğrenenlerin ticareti fiilini oluşturabileceği konularında uyarıda bulunulması, yatırımcıların içsel bilgiye sahip olmaya yönelik rızalarının alınması ve tüm sürecin kayıt altında yürütülmesi gerekmektedir (PBE Tüzüğü, m. 11/5)

<sup>89</sup> Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği, m. 9/1(a) (24.6.1982 tarihli ve 17734 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır).

başka yerde incelenmesi de mümkündür<sup>90</sup> (SerPK m. 89/3). Arama kararı verilmesi ve arama faaliyetinin icrası, temel hak ve özgürlüklere müdahale içermesi sebebiyle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) koruma tedbiri olarak düzenlenen aramaya ilişkin maddelerdeki hukuki korumalara riayet edilerek gerçekleştirilmelidir. Bu bağlamda, arama konusunu oluşturan bilgi ve belgelerin edinilebileceği hususunda makul şüphenin varlığı ve arama kararında belirtilen gerekçelere bağlı kalınması önemlidir<sup>91</sup>.

AB PBE Tüzüğü'nde ise idari otoritelerin bu yetkiler haricinde önemli bir denetim yetkisine daha sahip olması gerektiğinden bahsedilmektedir. Söz konusu düzenlemede idari otoritelerin, bilgi edinme yetkisi kapsamında telekomünikasyon operatörlerinden veri talep yetkisinin de bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Operatörlerden veri talep edilebilmesinde önemli olan hususlar, bu yetkinin yalnızca ihlalin gerçekleştirildiği ve kanıtlanması için gerekli bilgilere ulaşılabileceği konusunda makul şüphenin bulunduğu hallerde gündeme gelebilecek olması ve istenebilecek bilgilerin veri gidiş-geliş raporları ile sınırlı olup konuşma içeriklerini kapsamamasıdır (Tüzük m. 23/2(h)). Öncelikle belirtmek gerekir ki gerek yatırım kuruluşlarından gerekse telekomünikasyon operatörlerinden talep edilen bilgi ve veriler, özellikle içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemler veya bilgi suiistimali suçu gibi belirli nitelikte bir bilgiye sahip olduğunun veya içsel bilginin başkalarına aktarıldığının ortaya konması gereken ihlallerin tespiti için tek yöntem olabilmektedir. Kurul'a da bu tür bir yetki alanı tanınması, Türkiye'deki piyasa denetim sisteminin etkinliğini artırabilecektir. Dolayısıyla, AB düzenlemelerinde öngörüldüğü gibi, SPK'nin de telekomünikasyon operatörlerinden veri talep edebilme yetkisinin mevzuat kapsamına alınması faydalı olacaktır. Fakat bu yetkinin kişilerin özel hayatının gizliliğine ilişkin temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeyecek şekilde ve ölçülü olarak verilmesi ve kullanılması son derece önemlidir. Bu bağlamda, SPK'nin telekomünikasyon operatörlerinden veri talep yetkisinin veri raporları ile sınırlı tutulması kamusal müdahaleyi dengeleyebilecektir.

### **3. İçsel Bilgiye İlişkin Piyasa Bozucu Eylemler Karşısında Uygulanabilecek İdari Yaptırımlar**

SerPK'de içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemler için öngörülen temel idari yaptırım, idari para cezasıdır. Bu para cezasının, ispatı son derece güç olan bilgi suiistimali

<sup>90</sup> İlgili kişilerin rızası olmaksızın belgelere el koyma tedbirinin de bu madde kapsamında görülmesi gerektiği düşünülmektedir. Zira Kanun'da maddenin yer aldığı bölümün adı "Denetim, Arama ve El Koyma"dır. Aynı yöndeki görüş için bkz. Ali Hakan Evik, "Bilgi Suiistimali Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2019, s. 208.

<sup>91</sup> Ceza Muhakemesi Kanunundaki arama hükümlerine ilişkin kurallar ve ilkeler için bkz. Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 314-320.

suçu için öngörülen ceza hukuku yaptırımlarına bir alternatif olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Sonraki başlıklarda bahsedileceği üzere, ilgili suç bağlamında ortaya konması gereken manevi unsur veya menfaat şartı gibi unsurların tespitinin mümkün olmadığı, fakat eylem kalıplarının suç düzenlemelerindeki kalıplara uyduğu hallerde, Kurul'un piyasa bozucu eylemlere dayanarak idari para cezası uygulama yetkisi gündeme gelmektedir. Kanun'a göre, piyasa bozucu eylemler sebebiyle gerçek veya tüzel kişilere yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanabilecekken bu eylemlerden dolayı menfaat temin edilmesi halinde idari para cezasının alt sınırı, elde edilen menfaatin iki katı olarak belirlenmelidir (m. 194). Görüldüğü üzere mevzuatımızda piyasa bozucu eylemlerin tamamı için öngörülen bu geniş aralıktaki para cezalarının ihlal türüne göre orantılı bir biçimde uygulanması konusunda takdir yetkisi idari otoriteye bırakılmıştır (SerPK m. 104). AB Tüzüğünde ise, içeriden öğrenenlerin ticareti ve içsel bilginin hukuka aykırı olarak açıklanması Tüzük kapsamındaki en ağır ihlaller arasında görülerek bunlar için yüksek miktarlarda idari para cezası aralığı belirlenmiştir. İçsel bilginin kamuya açıklanması yükümlülüklerine aykırılıkta ise bir alt derecede para cezası aralığı öngörülmüştür. Son olarak içeriden öğrenenlerin listesinin yapılması ve yöneticilerin yasaklı dönemde işlem gerçekleştirmesi gibi ihlaller en alt seviyeden idari para cezalarına tabi tutulmuştur. Piyasa bozucu eylemler gibi kapsamı son derece geniş bir kamusal müdahale alanında, belirli ağırlıktaki ihlaller için uygulanabilecek asgari ve azami para cezalarının kademeli olarak ortaya konması ile idari otorite yetkilerinde zorunlu bir orantılılık oluşturulmuştur. Dolayısıyla içeriği AB mevzuatıyla aynı şekilde düzenlenmiş piyasa bozucu eylemlere ilişkin olarak ülkemizdeki idari yaptırım sistemi için de benzer bir yöntem izlenmesinin doğru olacağı düşünülmektedir.

AB PBE Tüzüğü'nde, idari para cezası dışında Tüzük kapsamındaki yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanacak diğer idari yaptırımlar ve idari tedbirler düzenlenmiş olup ilgili maddede hangi yetkilerin tedbir hangilerinin ise yaptırım olarak kabul edildiği belirtilmemiştir (m. 30/2). Tüzük'te yer alan yükümlülüklerin ihlali için yerel hukuklarda cezai düzenlemelere yer verilmiş olması halinde "idari yaptırım" öngörülmeyebileceğine ilişkin hüküm (m. 30/2) değerlendirildiğinde, tedbir ve yaptırım ayrımının yapılmamasının uygulamada sorunlara sebep olabileceği düşünülmektedir. Söz konusu tedbir ve yaptırım yetkileri; ihlalin durdurulması ve tekrarının yasaklanması emri vermek, ihlalden sorumlu kişiler ve ihlalin içeriği konusunda kamuyu uyarmak, yatırım şirketinin faaliyet izinlerinin askıya alınması veya iptal edilmesi, ihlalden sorumlu kişilerin bir yatırım şirketinde



yöneticilik görevi yapmasının geçici olarak yasaklanması, içeriden öğrenenlerin ticareti ve piyasa manipülasyonu kapsamındaki ihlalleri gerçekleştiren kişilerin yatırım şirketlerinde yöneticilik görevi yapmaktan sürekli olarak yasaklanması, Tüzük ihlalinden sorumlu yatırım kuruluşu veya diğer tüzel kişi yöneticilerinin kendi hesaplarına işlem yapmalarının geçici olarak yasaklanması ve tespit edilebilmesi halinde ihlalden kaynaklı kazançların veya önlenen kayıpların iadesi şeklinde düzenlenmiştir (m. 30/2).

Türk hukukunda ise hem idari para cezaları hem de idari tedbirler idari yaptırım türleri olarak kabul edilmektedir. İçsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemler için uygulanan idari para cezaları dışında, bu tür eylemler ile ilgili yapılan incelemelerde bilgi suiistimali suç kapsamındaki fiillerin gerçekleştirildiğine dair makul şüphenin<sup>92</sup> bulunması durumunda Kurul'a çeşitli idari tedbir uygulama yetkileri de verilmiştir (SerPK m. 101). V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği'ne<sup>93</sup> göre bu tedbirler, Kurul tarafından kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi halinde veya bu karar öncesinde makul suç şüphesine dayalı olarak yapılan incelemeler sırasında uygulanabilmektedir (m. 5). Suç duyurusunda bulunmayı gerektirecek bir durum olmadığı sonucuna varılması halinde veya suç duyurusunun takipsizlik kararı ya da beraat kararıyla sonuçlanması durumunda ise uygulanan tedbirlerin Kurul tarafından kaldırılması gerekecektir (m. 8).

SerPK'nin 101. Maddesine göre Kurul tarafından uygulanacak tedbirler, suç şüphesi sebebiyle inceleme altında bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkililerine veya sermaye piyasası araçlarına yönelik olabilecektir. Bu tedbirler;

*“borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapılmasının yasaklanması, takas yöntemlerinin değiştirilmesi, kredili alım, açığa satış, ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi, teminat yükümlülüğü getirilmesi veya yükümlülüğün değiştirilmesi, farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya farklı işlem esaslarının belirlenmesi, piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanması, işlem veya pozisyon limiti getirilmesi dahil piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen gerekli her türlü tedbir”*

olarak belirlenmiştir (m. 101/1).

Diğer taraftan AB Tüzüğü'nde yer verilen yatırım şirketinin faaliyet izinlerinin askıya

<sup>92</sup> Tebliğ'e göre makul şüphe; *“sermaye piyasalarında; işlem gerçekleştiren kişilerin veya onlarla birlikte hareket edenlerin işlem kalıpları ve hesaplarında gerçekleştirilen transferler, sermaye piyasası araçlarının geçmiş dönem fiyat miktar analizleri, fiili dolaşım oranları, sermaye piyasası araçları ile ilgili haber ve açıklamalar, ihbar veya şikâyetler ile bunları destekleyen emareler dikkate alınarak yapılan incelemeler sonucunda Kanununun 106 ncı ve 107 nci maddelerinde sayılan fiillerin işlendiğine dair oluşan şüpheler”* ifade etmektedir (m. 4/1(g)).

<sup>93</sup> 21/1/2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır

alınması veya iptal edilmesi, ihlalden sorumlu kişilerin bir yatırım şirketinde yöneticilik görevi yapmasının geçici veya sürekli olarak yasaklanması gibi yetkilere SerPK'nin 96. Maddesinde "Sermaye Piyasası Kurumlarının Hukuka Aykırı Eylem veya İşlemlerinde Uygulanacak Tedbirler" başlığı altında yer verilmiştir. Tespit edilebilmesi halinde ihlalden kaynaklı kazançların veya önlenen kayıpların iadesine ilişkin tedbir ise Türk hukukunda piyasa bozucu eylemlere ilişkin ihlaller kapsamında uygulanması öngörülen bir tedbir değildir. Halbuki özellikle yatırımcıların içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemler karşısında dezavantajlı konuma düşürülmekten korunması sermaye piyasası hukukunun temel amaçlarından olan piyasa güvenilirliğinin sağlanmasının temelini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, içsel bilgiyi kullanan kişilerin söz konusu bilginin ilişkili olduğu ihraççı üzerinden haksız bir şekilde elde ettikleri maddi kazançların iadesine ilişkin olarak SPK'ya tedbir uygulama yetkisi verilmesi doğru bir adım olacaktır. Böylece ihraççının diğer yatırımcıları nezdinde gerçek bir eşitlik sağlanacak ve güvenilirlik algısı pekişecektir.

### C. Cezai Sorumluluk Rejimleri

Türk hukukundaki sermaye piyasası suçlarıyla ilgili detaylı değerlendirmeler yapabilmek için bir bütün olarak SerPK'nin ve özellikle Kurul düzenlemelerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. SerPK'de, Kanun kapsamındaki suçlardan dolayı soruşturma yapılabilmesi, Kurul'un Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlanmış olduğundan<sup>94</sup> bu suçların oluşup oluşmadığına ilişkin ilk değerlendirme Kurul tarafından yapılmaktadır (m. 115/1). Dolayısıyla Kurul'un bu suçlarla ilgili yapacağı değerlendirmelerde, kendi düzenlemelerinde suçların unsurları ile ilgili yaptığı birtakım açıklamalardan yola çıkması doğaldır.

SPK'nin yapacağı yazılı başvuru, yalnızca suç teşkil eden fiillerin ortaya konmasına ilişkin olduğundan suçun hukuki nitelendirmesi veya failleri konusunda Cumhuriyet savcılığı kendi değerlendirmesini yapmalıdır<sup>95</sup>. Fakat sermaye piyasası suçlarının oluşumunun incelenmesi uzmanlık gerektirdiğinden gerek savcılıkların gerekse mahkemelerin Kurul değerlendirmeleri doğrultusunda karar vermeye ilişkin ön yargılarla hareket etmesi de muhtemeldir<sup>96</sup>. Öte yandan, SPK'nin yaptığı denetimlerin sonucunu çok iyi değerlendirmesi ve eylemlerin suç oluşturduğuna yönelik bir izlenim edindiği takdirde idari para cezası

<sup>94</sup> Kurul'un yazılı başvurusu bir muhakeme şartıdır. Muhakeme şartları, fiillerin suç olarak kabul edilebilmesini değil bu fiiller için soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellemektedir. Şahin, s. 53.

<sup>95</sup> Caner Yenidünya, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler", *İpek Yolu Canlanıyor-Türk Çin Hukuku Zirvesi*, 2012, <<https://docplayer.biz.tr/6361305-Sermaye-piyasasi-kanununda-duzenlenen-suc-ve-kabahatlere-iliskin-genel-prensipler.html>>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020, s. 91.

<sup>96</sup> Perrone, s. 387.

uygulamadan durumu derhal Cumhuriyet başsavcılığına bildirmesi de son derece önemlidir. Çünkü idari para cezası uygulandıktan sonra fiillerin suç oluşturduğu ortaya çıkarsa, ceza mahkumiyetine hükmedilmesi *ne bis in idem* ilkesinin ihlali sayılabilecekken savcılık soruşturması sırasında veya cezai kovuşturma aşamasında eylemlerin idari yaptırım gerektirdiği kanaatine varıldığı takdirde, söz konusu ilke ihlal edilmeksizin idari yaptırım uygulanması mümkündür. Kabahatler Kanunu uyarınca, soruşturma veya kovuşturma aşamasında eylemlerin kabahat oluşturduğu anlaşılırsa savcılık veya mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilebilecektir (m. 23/3 ve 24). Bu durumda, *ne bis in idem* ilkesinin güvence altına alınması ve sermaye piyasası hukuku ihlallerinin yaptırımsız kalmaması arasında ideal bir denge sağlamak adına SPK'nin belirli eylemler için kabahat ve suç tespitinde kullanabileceği denetim yetkilerinin güçlü olması gerekmektedir. Dolayısıyla mevzuatta Kurul'a verilen bilgi edinme ve sulh ceza hakimliğinden arama kararı talep etme hususundaki denetim yetkileri önemli olmakla birlikte bu yetkilerin kapsamının genişletilmesi de değerlendirmeye açık bir husustur. Bu noktada, yukarıda da ortaya konmuş olan SPK'ye AB Tüzüğü'nde olduğu gibi telekomünikasyon operatörlerinden veri talep etme yetkisinin verilmesi şeklindeki öneri hatırlatılmalıdır.

## 1. Bilgi Suiistimali Suçu

SerPK'nin 106. Maddesinde,

*“doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden”*

kişilerin bilgi suiistimali suçunu işlemiş sayılacağından bahsedilmiştir<sup>97</sup>. Bu eylemleri

<sup>97</sup> SerPK'nin genel gerekçesinde, “bilgi suiistimali (içeriden öğrenenlerin ticareti) suçu ile ilgili olarak Tasarıda söz konusu suç AB düzenlemeleri de dikkate alınarak kapsamlı olarak yeniden tanımlanmış ve suçun faili olabilecekler sayılmıştır. Ayrıca, AB Direktifine uyum çerçevesinde, kamuya açıklanmamış bu bilgileri üçüncü kişilere açıklayan veya üçüncü kişilerin bu bilgilere erişimini sağlayanlar veya bu bilgilere dayanarak üçüncü kişilere bu bilginin ilişkili olduğu sermaye piyasası aracını elde etmesi veya elden çıkarması için tavsiye yahut telkinde bulunanlar, üçüncü kişilerin bu tavsiye ve telkinler doğrultusunda işlem yaparak menfaat elde etmeleri durumu da bilgi suiistimali suçu kapsamına alınmıştır” ifadeleri yer almaktadır. Fakat bu düzenlemelere Kanun'da yer verilmemiş ve yalnızca içsel bilgiyi kullanarak menfaat elde etme fiilleri bilgi suiistimali suçu kapsamına alınmıştır. AB düzenlemelerine uyum hedefiyle yapılan bir Kanun'un gerekçesinde görülmesi beklenen, bahsedilen fiillerin Kanun kapsamına alınmamasının sebeplerine ilişkin açıklamalarken Kanun gerekçesinde yukarıdaki ifadelerin yer alması düşündürücüdür. AB mevzuatında bu tür eylemler, hem içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylem hem de suç olarak kabul edilmektedir (Bkz. PBE Tüzüğü m. 8/2 ve PBE Cezai Direktifi m. 3/6). Tük hukukunda ise bu tür fiillere gerek piyasa bozucu eylemler gerekse bilgi suiistimali suç kapsamında yer verilmemiştir. Fakat bu fiillerin en azından kabahat olarak piyasa bozucu eylem kapsamına alınması gerektiği düşünülmektedir. Çünkü bu tür davranışlar ile ortaya çıkan sonuç, içsel bilginin hukuka aykırı

gerçekleştirebilecek kişiler ise kategorilere ayrılarak düzenlenmiştir. Söz konusu kategoriler;

*“a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, ç) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler, d) Sahip oldukları bilginin bu fıkrafta belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler”*

olarak belirlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki madde kapsamında özellikleri sayılan bilgiler ile kastedilen içsel bilgilerdir. Fakat dikkat edileceği üzere bu düzenlemede içsel bilginin “nitelikleri belirli bir bilgi olma” unsuruna yer verilmemiştir. Halbuki bilginin niteliklerinin belirli olması, kişisel tahmine dayalı spekülatif işlemlerin bilgi suiistimali kapsamında sayılmasını engelleme işlevi görmektedir. Dolayısıyla bu unsurun eksikliği halinde yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek basit piyasa söylentilerine dayalı davranışlar dahi suç oluşturabilecektir<sup>98</sup>. Her ne kadar Kurul, suç duyurusunda bulunmaya ilişkin değerlendirmelerinde bu unsuru da göz önünde bulundurabilecekse de cezai yaptırım içeren bir düzenlemede kanunilik ilkesi gereği suçun unsurlarına açıkça yer verilmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir. Öte yandan bilgi suiistimali suçu düzenlemesinde, PBE Tebliği’ndeki içsel bilgiye ilişkin yasaklamalardan farklı olarak içsel bilgiye dayalı emir değişikliği ve emir iptallerinin de kapsama alınması doğru bir düzenleme yöntemi olmuştur. Ayrıca bilgi suiistimali yasaklamasının amacı içsel bilgiye sahip kişilerin piyasa aktörlerinin geri kalanına göre avantajlı bir konum elde etmesini önlenmek ve böylece piyasalardaki fırsat eşitliğini sağlamak olduğundan<sup>99</sup> son çare olarak uygulanabilecek cezai yaptırımlar için avantaj elde etme anlamına gelecek menfaat unsurunun öngörülmesi de makuldür. Bu durumda, özellikle içsel bilgiye dayalı emir iptallerinde ortaya çıkan olası bir zarardan korunma halinin de menfaat elde etme kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>100</sup>.

Suçla ilişkin yapılan genel değerlendirmelerden sonra bilgi suiistimali suçundaki manevi unsura yönelik daha detaylı tartışılması gereken hususlar da bulunmaktadır. Bu hususlardan ilki Kanun’da suç oluşturan fiilleri gerçekleştiren kişilerin kategorilere ayrılarak

---

olarak açıklanmasından farklı değildir. İçsel bilgiye ilişkin düzenlemelerin temelinde, bu bilgilerin herkesin öğrenebileceği zamana kadar gizli tutulması ve kullanılmasının engellenmesi fikri yattığından içsel bilgiye dayalı olarak emir veya işlem tavsiyesi verilmesi gibi davranışlar da engellenmek istenen durumlar içerisinde kalmaktadır.

<sup>98</sup> Şenol, s. 132.

<sup>99</sup> Nusret Çetin/ Hatice Ebru Töremiş/ Zeynep Cantimur, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistematik Analizi, Legal, 2014, s. 233-234.

<sup>100</sup> Evik, s. 193.

düzenlenmesiyle ilgilidir. Doktrinde, bilgi suistimali suçunda da piyasa bozucu eylemlerde olduğu gibi, ilk üç kategori içerisinde yer alan kişilerin içsel bilgiye sahip olduğunun varsayılmış olduğuna ve bu durumda ispat yükününün suç şüphesi altında bulunan bu kişilere ait olacağına ilişkin görüşler bulunmaktadır<sup>101</sup>. Fakat bilgi suiistimali suçunda piyasa bozucu eylemlerden farklı olarak manevi unsurun aranması ve Kanun'da açıkça içsel bilgiye dayalı olarak işlem yapmak suretiyle menfaat elde eden kişilerden bahsedilmiş olması, bu kişiler için de diğer kategoridekilerle aynı cezai ispat koşullarının geçerli olacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla yöneticilerin, pay sahiplerinin ya da iş, meslek veya görevi gereği içsel bilgiye sahip olan kişilerin sahip oldukları içsel bilgilere dayalı eylemleriyle menfaat elde ederek bilgi suistimali suçunu işlediklerinin ispatı iddia makamı üzerinde olacaktır. Aksi halde ispat yükünün tersine çevrilmesi masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelecektir. Neticede 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 21. Maddesi uyarınca kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesiyle oluşabilecek bir manevi unsurdur ve madde kapsamındaki herkesin içsel bilgiye dayalı olarak işlem yaptığının bilincinde olması gerekmektedir. Ayrıca, kastın ispat edilemediği durumlarda PBE Tebliği kapsamındaki idari yaptırım rejimi sayesinde aynı fiillerin cezalandırıcı özellikteki yaptırımlara tabi tutulabilmesi belirli bir caydırıcılık oluşturabilecekken masumiyet karinesinin tehlikeli bir zemine yerleştirilmesi, piyasalardaki kademeli ve dengeli kamusal müdahale anlayışını da yok saymaktadır. Bu bağlamda, Kanun'un 106/1. Maddesinin (d) bendine göre suçun sahip oldukları bilginin içsel bilgi olduğunu bilen herkesçe işlenebilecek olmasından dolayı, madde kapsamındaki faillik kategorilerinin suç tespitini kolaylaştırmaktan başka bir işlevi kalmayacak ve söz konusu suç özgü suç olarak değerlendirilemeyecektir<sup>102</sup>.

İçeriden öğrenenlerin ticareti suçunun faillerine ilişkin bahsedilen hususun Avrupa Birliği mevzuatı bağlamında yorumlanması ile ilgili ise Avrupa Adalet Divanı kararlarını ve AB doktrinini incelemek doğru olacaktır. Avrupa Adalet Divanı'nın 2009 tarihli bir kararında, içsel bilgiye sahip olduğu varsayılan kişi grupları içerisinde yer alan ve söz konusu bilginin bağlantılı olduğu finansal araç üzerinde işlem gerçekleştiren kişilerin bu bilgiyi kullanmış sayılacağı ve dolayısıyla içeriden öğrenenlerin ticareti suçu için kast unsurunun oluşacağı

<sup>101</sup> Manavgat, bu durumun yalnızca ilk iki kategori için geçerli olduğunu iddia ederken (Manavgat, "Türk Hukukunda 'İçeriden Öğrenen' Kavramı", s. 186 vd.) Karacan, üç grup için de ispat yükününün suç şüphesi altında bulunan kişilerde olduğunu savunmaktadır (Karacan, s. 505-506).

<sup>102</sup> Benzer görüşler için bkz. Zeki Aksoy, *Türk Sermaye Piyasası Hukukundan İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Seçkin, 2018, s. 150-151; Evik, s. 184. Bilgi suiistimali suçunun özgü suç olduğuna yönelik görüşler için bkz. İzzet Özgenç/ Gökhan Ölmez, "Sermaye Piyasasında Güveni Korumaya Yönelik Yükümlülükler ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", Özgenç İ/ Şahin C/ Turhan F (Ed.), *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Cilt I*, 2020, s. 864.

ifade edilmiştir<sup>103</sup>. Söz konusu Divan kararında, kişilere bu karineyi çürütme imkânı verilmiş olması ve savunma hakkının garanti altına alınması şartlarıyla, böyle bir uygulamaya gidilmesinin ceza hukuku kapsamındaki masumiyet karinesine zarar vermeyeceği vurgulanmıştır<sup>104</sup>. Ayrıca masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi adına, piyasa güvenilirliğinin sağlanmasında vazgeçilmez olan yaptırım uygulama mekanizması ile savunma hakkı korumaları arasındaki dengenin üye devletler tarafından gözetilmesi ve makul sınırlar içerisinde hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>105</sup>. Kanaatimizce, böyle bir suçluluk karinesinin benimsenmesi, içeriden öğrenenlerin ticareti oluşturacak fiillerin tespitinin halihazırda zor olmasından ve içsel bilgiyi kullanarak menfaat elde etme gibi bir şartın aranmaması sebebiyle bu tespitin daha da zorlaşmasından kaynaklanmaktadır. AB doktrininde de içsel bilginin kasten kullanıldığının tespiti için böyle bir karineye dayanmaksızın yerel hukukta menfaat elde etme şartı öngörülmesi gibi çok daha detaylı düzenlemeler yapma imkanının bulunduğu vurgulanmıştır<sup>106</sup>. Bu bağlamda, Türk hukukunda bilgi suiistimali suç için menfaat şartına yer verilmiş olması yerinde olmakla birlikte suç tespiti için de işlevsel bir düzenleme şeklidir. Ayrıca bilgi suiistimali suçunun CMK'nin iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin 135. Maddesinde düzenlenen katalog suçlar kapsamına sokulması ve böylece suçun tespiti için soruşturma makamlarına iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması gibi yetkiler verilmesi de masumiyet karinesinin ihlali tercih edilmeden önce değerlendirilebilecek bir yöntemdir<sup>107</sup>. Dolayısıyla ilgili suç kapsamında bir suçluluk karinesi oluşturmak kabul edilebilir değildir.

Manevi unsur ile ilgili tartışılması gereken ikinci durum ise, 106/1. Maddenin (d) bendinde ispat edilmesi halinde sahip oldukları bilginin içsel bilgi olduğunu bilmesi gereken kişilerden bahsedilmiş olmasıdır. Her ne kadar bu durum bilgi susitimali suçunun taksirle de işlenebileceğine işaret etse de ceza hukukunda kasten ve taksirle işlenmiş fiillerin aynı suçu oluşturmaları ve dolayısıyla aynı yaptırıma tabi tutulmaları mümkün değildir. Bu halde, Kanun yapımı sırasında bu suçun taksirli haline bilinçli olarak yer verilmek istenmiş ise,

<sup>103</sup> Gerner-Beuerle, s. 631; Spector Photo Group kararı, §36.

<sup>104</sup> Spector Photo Group kararı, §44.

<sup>105</sup> Spector Photo Group kararı, §43.

<sup>106</sup> Gerner-Beuerle, s. 631.

<sup>107</sup> CMK'nin 135. Maddesinde yer alan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri kapsamında yer alan ve ilgili maddede sayılan katalog suçlardan birinin varlığını gerektiren dinleme ve kayda alma yetkileri de sermaye piyasası suçlarının tespiti ve ispatında büyük bir kolaylık sağlayabilecektir. Fakat bu tedbirlere başvurulması, özel hayatın gizliliğine çok daha ağır bir müdahalede bulunulması anlamına gelmektedir. Bu sebeple, idari denetim süreçlerinde SPK'ye dinleme ve kayda alma yetkileri verilmemesi fakat ihlallerin suç şüphesi altında incelendiği savcılık soruşturması sırasında bu tür tedbirlere başvurma imkanının bulunması, piyasalardaki müdahale dengesinin de gözetildiği uygun bir yöntem sayılabilecektir. Bu yöntemin uygulamaya konabilmesi için ise CMK'nin katalog suçlarla ilgili maddesine sermaye piyasası suçlarının da eklenmesi gerekmektedir.

doğru olan taksirle işlenebilen bilgi suiistimali suçunun bağımsız olarak düzenlenmesidir<sup>108</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki böyle bir düzenleme, içsel bilgileri tesadüfi bir şekilde öğrenerek bilginin henüz kamuya açıklanmadığının ve dolayısıyla söz konusu bilgiyi kullanamayacağını bilincinde olmayan kişileri de ceza hukuku yaptırım sistemine dahil edecektir<sup>109</sup>. Bu durum ise sermaye piyasası alanındaki cezai devlet müdahalesini tehlikeli bir biçimde genişletmektedir. Dolayısıyla ispat edilmesi halinde sahip oldukları bilginin içsel bilgi olduğunu bilmesi gereken kişilerin yalnızca idari yaptırım sistemi içerisinde değerlendirilmesinin yeterli olacağı düşünülmektedir. AB mevzuatında da idari denetim ve yaptırım sistemini oluşturan PBE Tüzüğü'nün içeriden öğrenenlerin ticaretine ilişkin hükmünde “bilmesi gereken” kişilerden bahsedilmişse de aynı konuda cezai sorumluluk rejimini düzenleyen PBE Cezai Direktifi'ndeki suç tanımında bu kişi kategorisine yer verilmemiştir. Bu durumun sebebi ise, Direktif'teki suçların kasten işlenebilen suçlar olmasıdır. Aslen SerPK sisteminde de sermaye piyasası suçları kasten işlenebilen suçlar olarak kabul edilmektedir. Buna rağmen “bilmesi gereken” kişilerden bahsedilerek bilgi suiistimali suçunun taksirle de işlenebileceği izlenimi oluşturulmasında, AB düzenlemelerinin iktibas sırasında idari yaptırım mekanizması öngören Tüzüğün esas alınmasının etkili olduğu düşünülmektedir. Kanaatimizce, SerPK'nin 106. Maddesinin AB PBE Cezai Direktifi ile uyumlu hale getirilmesi ile bilgi suiistimali suçunun yalnızca kasten işlenebilecek bir suç olarak kabulü, hem sermaye piyasalarındaki kamusal müdahaleyi dengelemek adına hem de Türk ceza hukuku rejimiyle uyumun sağlanması için olumlu bir adım olacaktır.

## 2. Cezai Yaptırımlar

Son olarak bilgi suiistimali suç için öngörülen cezai yaptırımlar da eleştirel bir incelemeyi gerektirmektedir. SerPK'nin 106. Maddesinde bu suçu işleyen kişilerin “*üç yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı*”<sup>110</sup>, fakat “*bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek cezanın elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı*” ifade edilmiştir. SerPK'nin genel gerekçesinde, adli para cezasının miktarının elde edilen menfaate göre belirlenmesinin, ekonomik suça ekonomik ceza esasının bir yansıması olduğu belirtilmiştir<sup>111</sup>. Fakat Türk hukukunda cezanın bireyselleştirilmesi

<sup>108</sup> Bilgi suiistimali suçunun yalnızca kasten işlenebilen bir suç olduğu yönündeki görüşler için bkz. Özgenç/Ölmez, s. 864.

<sup>109</sup> Aksoy, s. 173.

<sup>110</sup> SerPK'nin 114. Maddesi uyarınca, bilgi suiistimali suçunun bir tüzel kişi yararına işlenmesi halinde ilgili tüzel kişi hakkında TCK'nin 60. Maddesinde düzenlenen iznin iptaline veya müsadereye ilişkin güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi gerekmektedir.

<sup>111</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu

anlayışının kişilerin ekonomik durumunu da kapsamından dolayı, ekonomik suça ekonomik ceza yöntemi bir ceza hukuku ilkesi olarak kabul edilmemiştir<sup>112</sup>. Ceza yaptırımının asıl amacı, gerçekleştirilen haksızlığın toplum tarafından kınandığını ifade etmek ve kişilerin suç işleyerek ihlal ettikleri toplumsal değerleri tekrar benimsemelerini sağlamaktır<sup>113</sup>. Ceza hukukunda, kişilerin suç işlemek suretiyle zenginleşmeleri ise, suçtan elde edilen menfaatin tespiti halinde bu menfaatin kazanç müsaderesine konu olması ile engellenmektedir<sup>114</sup>. Dolayısıyla kazanç müsaderesi kurumunun varlığı da düşünüldüğünde, adli para cezalarının ekonomik durumları eşit olmayan kişilere suçtan dolayı elde ettikleri kazancın katları oranında nispi şekilde uygulanması ceza hukuku amaçlarıyla bağdaşmamaktadır<sup>115</sup>. İdari para cezaları ise adli para cezalarından farklı olarak kamunun uğradığı zararın giderilmesi amacıyla hizmet edebilmekte ve bu sebeple nispi şekilde düzenlenebilmektedir<sup>116</sup>. Bu durum, sermaye piyasası alanında ceza hukuku ve idare hukuku yaptırımlarının birbirini tamamlayıcı rollerini de tasdik etmektedir. Doktrinde, cezai yaptırımlarda ölçülülük ilkesi gereği ceza hukuku mantığı dışında düzenlenmiş bu para cezası hükmü karşısında haklı olarak bilgi suiistimali suçundan dolayı kazanç müsaderesine başvurulmaması gerektiği ifade edilmiştir<sup>117</sup>.

AB mevzuatında içeriden öğrenenlerin ticareti suçu için öngörülen cezai yaptırımlara bakıldığında ise Türk hukukundan farklı olarak tüzel kişiler için de cezai yaptırım uygulanmasının öngörülmüş olduğu görülmektedir. AB PBE Cezai Direktifi'nde üye devletlere Direktif kapsamındaki suçlar için tüzel kişilerin de cezai sorumluluğa sahip olmalarına yönelik düzenlemeler yapma görevi verilmiş ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun doğacağı durumlar düzenlenmiştir<sup>118</sup>. Bu bağlamda, Direktif kapsamında suç olarak kabul edilen fiillerin tüzel kişi yararına gerçekleştirilmesi halinde, suç işleyen gerçek kişilerle birlikte tüzel kişinin de cezai sorumluluğu doğacaktır (m. 8/1,2). Direktif'te tüzel kişilerin cezai sorumluluğa sahip olacağı durumlar düzenlenmişse de cezai yaptırımlar düzenlenmemiş ve yalnızca cezaların etkin, ölçülü ve caydırıcı olması gerektiği ifade

(1/638), <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2020, s. 13.

<sup>112</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 836.

<sup>113</sup> Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin, 2014, s. 39.

<sup>114</sup> 5237 sayılı TCK'nin 55. Maddesi uyarınca; "Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir".

<sup>115</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Dursun, s. 124.

<sup>116</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanunu genel gerekçesi.

<sup>117</sup> Özgenç/ Ölmez, s. 865.

<sup>118</sup> Direktif gerekçesinin 18. Maddesinde finansal piyasalarda güvenilirliğin sağlanmasına yönelik AB politikalarının etkin bir biçimde uygulanması için tüzel kişilerin cezai sorumluluğa sahip olmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır.



edilmiştir (m. 9). Bu düzenleme şekli, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun halihazırda tartışmalı bir konu olmasından dolayı üye devletlere en azından yaptırım türlerinin belirlenmesinde bir hareket alanı tanınmak istendiğini düşündürmektedir. AB doktrininde, birçok üye devletin ceza hukuku sisteminde tüzel kişilerin sorumluluğunun özellikle kabul edilmemiş olduğu vurgulanarak bu konunun hassasiyeti değerlendirilmeden böyle bir düzenlemeye yer verilmiş olması eleştirilmektedir<sup>119</sup>. Türk hukukunda da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmemiş olmakla birlikte SerPK'nin 114. Maddesi uyarınca, bilgi suiistimali suçunun bir tüzel kişi yararına işlenmesi halinde ilgili tüzel kişi hakkında TCK'nin 60. Maddesinde düzenlenen iznin iptaline veya müsadereye ilişkin güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi gerekmektedir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin hususun ülkelerin suç ve ceza politikalarıyla ilgili olduğu düşünüldüğünde<sup>120</sup> AB mevzuatına ilişkin eleştiriler haklı gözükmektedir.

## SONUÇ

Sonuç olarak, büyük bir bölümü AB düzenlemelerinden iktibas edilen Türk sermaye piyasası mevzuatında içsel bilgiye ilişkin kamusal denetim ve yaptırım sisteminin genel anlamda doğru bir çerçeveye içerisine oturtulmuş olduğu kabul edilse de, gerek 2008 finansal krizi sonrası güncel gelişmeleri takip etme hususunda gerekse kamusal müdahalede tutarlı bir denge gözetilmesinde önemli eksiklerin ve farklılıkların olduğu da ortadadır. Tespit edilen bu farklılıkların kısaca özetlenmesi gerekirse çalışma kapsamında izlenen sıralama gereği ilk olarak idari düzenlemelerden başlamak yerinde olacaktır. Türk hukuku idari düzenlemelerinde, ihraççıların kendilerini dolaylı olarak ilgilendiren bilgileri de içsel bilgileri açıklama yükümlülükleri çerçevesinde kamuya açıklamalarının beklenmesi ve içsel bilgiye sahip olan kişilerle yakın ilişkili olan kişilerin de içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemler kapsamında değerlendirilmesi gibi düzenlemeler piyasa aktörleri için uyulması güç ağır kısıtlamalar teşkil etmektedir. Bu yöntemlerin benimsenmesinden önce işlem yapma kapsamındaki piyasa bozucu eylemler için içsel bilginin kesinleşmesi şartının aranmaması, spot emtia sözleşmeleri üzerindeki işlemler ile emir iptali veya değişikliği gibi eylemlerin de bu tür piyasa bozucu eylemler kapsamına alınması uygulamada karşılaşılabilecek hukuka aykırılıkların çoğunu ölçülü bir şekilde düzenleme altına almak ve AB sistemine uyum

<sup>119</sup> Ester Herlin-Karnell, "White Collar Crime and European Financial Crises: Getting Through on EU Market Abuse", *European Law Review*, 37(4), 2012, <<https://research.vu.nl/en/publications/white-collar-crime-and-european-financial-crises-getting-tough-on-2>>, Erişim Tarihi 11 Eylül 2020, s. 492.

<sup>120</sup> Muharrem Özen, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(1), 2003, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629004>>, Erişim Tarihi 04 Ağustos 2021, s. 84.

sağlamak adına yerinde olacaktır. İdari denetim ve yaptırım sisteminde ise tespiti son derece zor olan içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemler gibi hukuka aykırılıkların ortaya konması ve caydırıcı yaptırımlara tabi tutulabilmesi için SPK'ye telekomünikasyon operatörlerinden veri talebine yönelik denetim yetkilerinin verilmesi önemli iken SPK'nin idari para cezası uygulama yetkisinin AB PBE Tüzüğü'nde olduğu gibi içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylem türleri için kademeli bir şekilde düzenlenmesi de dengeli bir kamusal müdahale için faydalı olabilecektir. Cezai sorumluluk rejimi ve bilgi suiistimali suçları kapsamında da gerek AB gerekse Türk hukukunda yer alan içsel bilgiye sahip kişi kategorilerinin gerçekleştirdikleri eylemler sebebiyle suçluluk karinesine tabi tutulacaklarına ve suçun tespitinin ancak böylece mümkün olabileceğine ilişkin değerlendirmelerinin doğru olmadığı düşünülmektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda bilgi suiistimali suçları için menfaat elde edilmesi şartının getirilmiş olması suç tespitini kolaylaştırmak adına yerinde olup ilgili suçun iletişimin denetlenmesine yönelik CMK koruma tedbiri düzenlemesindeki katalog suçları kapsamına alınması da faydalı olacaktır. Ayrıca SerPK'de yer alan bilgi suiistimali suçunun AB PBE Cezai Direktifi'nin aksine taksirle işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiş olması da Türk ceza hukuku sistemiyle uyumlu olmayıp bu durumun iktibas sırasında idari düzenleme olan AB Tüzüğü'nün esas alınmasından kaynaklanmış olması muhtemeldir.

Sonuç olarak sermaye piyasaları uygulamasında Türkiye'ye nazaran daha derinlikli piyasalara sahip olan ve dolayısıyla hukuki anlamda da derinlikli regülasyonlar yapmış olan AB'nin, bu alanda ülkemizde henüz karşılaşılmayan veya yeni ortaya çıkmış hukuki sorunları daha önce tespit ederek belirli yönleriyle çözüme kavuşturmuş olduğu görülmektedir. Bu durumda, iktibas için kaynak olarak kabul edilen AB sermaye piyasası hukukunun çok daha detaylı bir incelemeye tabi tutulması ve içsel bilgiye ilişkin kamusal müdahale sisteminde çalışma boyunca aktarılan incelikli noktaların gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Çünkü özellikle daha küçük tasarruf sahibi bireysel yatırımcılar için fazlasıyla karmaşık finansal ürünlerin ve aktivitelerin ortaya çıktığı ve aynı zamanda finans alanındaki sektörel sınırların belirsizleşmesiyle çok çeşitli aktörlerin dahil olduğu günümüz sermaye piyasalarında, piyasa katılımcıları arasındaki bilgi eşitsizliğinin giderilmesi ve içsel bilgiye erişimde adaletin sağlanması daha da önemli hale gelmiştir. Sürekli değişen ve gelişen piyasa şartlarında kamusal müdahale gerektiren istismara açık bir alan bırakmamak veya bu müdahaleyi yenilikleri engellemeyecek şekilde dengelemek ise zorlaşmıştır. Diğer taraftan, Türk sermaye piyasası hukukunda işlevsel bir kamusal denetim ve yaptırım sistemi oluşturmak adına, Türk idare ve ceza hukukunda yaptırımlara ilişkin kuralların dayanağını teşkil eden temel

ilkelerden ayırık olan düzenlemeler yapılmasından kaçınılması da önemlidir. Neticede sermaye piyasası hukukunun temel hedefi olan piyasa güvenilirliğinin tesisinde doğru ve dengeli kurgulanmış kamusal müdahalenin vazgeçilmez bir rolü bulunmaktadır. Piyasa güvenilirliğinin sağlanması ise, gelir dağılımındaki eşitsizliğin ve borçlanmaya dayalı büyüyen finansal sistemlerin kırılganlığının her geçen gün arttığı günümüz dünyasında küçük tasarruf sahiplerinin de ortaklık modeliyle büyüme mekanizması içerisine dahil edilmesini ve farklı yatırım imkanlarına erişimini kolaylaştıracak ve ülke ekonomisinin sağlam bir zeminde sıçrama yapmasına destek olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Aksoy Z, *Türk Sermaye Piyasası Hukukundan İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Alexander K/ Maly M, “The New EU Market Abuse Regime and The Derivatives Markets”, *Law and Financial Markets Review*, 9(4), 2015, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/lawfinancmr9&div=38&id=&page=>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020, s. 243-325.
- Armour J/ Awrey D/ Davies P/ Enriques L/ Gordon J/ Mayer C/ Payne J (Ed.), *Principles of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2016.
- Avrupa Adalet Divanı, Knud Gronggaard v Allan Bang, C-384/02, 22 Kasım 2005, <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56135&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3535161>> Erişim Tarihi 11 Ağustos 2020.
- Avrupa Adalet Divanı, Markus Gettl v Daimler AG, C-19/11, 28 Haziran 2012, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124466&doclang=EN>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020.
- Avrupa Adalet Divanı, Spector Photo Group NV and Chris Van Raemdonck v Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA), Case C-45/08, 23 Aralık 2009, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0045>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Grande Setevens v. Italy, Başvuru No: 18640/10, 4 Mart 2014, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%22docname%22:%5B%22CASE%20OF%20GRANDE%20STEVENS%20AND%20OTHER%20S%20v.%20ITALY%22%22%5D%22respondent%22:%5B%22ITA%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%22CHAMBER%22:%5B%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-141794%22%5D%7D%7E>> Erişim Tarihi: 13 Ağustos 2020.
- Boskovic T/ Cerruti C/ Noel M, “Comparing European and U.S. Securities Regulations: MiFID versus Corresponding U.S. Regulations”, *World Bank Working Paper*, No:184, 2010, <<http://documents.worldbank.org/curated/en/120301468029665421/Comparing-European-and-U-S-securities-regulations-MiFID-versus-corresponding-U-S-regulations>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2020.
- Clarke S, *Insider Dealing: Law and Practice*, Oxford University Press, 2013.
- Çetin N/ Töremiş H E/ Cantimur Z, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemik Analizi*, Legal, 2014.
- Dursun S, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Edelmann C A/ Jayaweera S, “The Role of Global Capital Markets”, Strumeyer G/ Swamy S (Ed.), *The Capital Markets: Evolution of the Financial Ecosystem*, Wiley, 2017, s. 20-51.
- Evik A H, “Bilgi Suiistimali Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2019, s. 163-214.
- Fabozzi F J/ Jones F J, *Foundations of Global Financial Markets and Institutions*, 5. Baskı, The MIT Press, 2019.

- Fama E, “Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work”, *The Journal of Finance*, 25 (2), 1970, <<https://www.jstor.org/stable/2325486?seq=1>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2020, s. 383-417.
- Faure M G/ Leger C, “The Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse: A Move Towards Harmonizing Inside Trading Criminal Law at the EU Level?”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 9(2), 2015, <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol9/iss2/1>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2020, s. 387-427.
- Ferran E/ Moloney N/ Payne J (Ed.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2015.
- G20 Leaders Statement, *Pittsburgh Summit September 24-25 2009*, <<http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009communique0925.html>> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.
- Gürel P, “Büyük Miktarlı Emir Bilgisine Dayanarak İşlem (Frontrunning) Yapanların Sorumluluğu”, *Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etütleri*, 2003, <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/7/2>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2020.
- Herlin-Karnell E, “White Collar Crime and European Financial Crises: Getting Through on EU Market Abuse”, *European Law Review*, 37(4), 2012, <<https://research.vu.nl/en/publications/white-collar-crime-and-european-financial-crises-getting-tough-on-2>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2020, s. 481-494.
- İhtiyar M, *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, Beta Yayınevi, 2016.
- Karacan A İ, *Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar Cilt I*, Legal Yayınevi, 2017.
- Koca M/ Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Lehmann, M/ Kumpan C (Ed.), *European Financial Services Law: Article by Article Commentary*, Hart Publishing, 2019.
- Manavgat Ç, “Türk Hukukunda ‘İçeriden Öğrenen’ Kavramı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 19(4), 1998, <<https://www.jurix.com.tr/article/6067>> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2020, s. 177-204.
- Manavgat Ç, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016.
- Manavgat Ç, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008.
- Mishkin F S/ Eakins S G, *Financial Markets and Institutions*, 9. Baskı, Pearson, 2018.
- Mollers T/ Temel E, “Efficiency in Arrangement and Supervision in Capital Markets Law: The Usage of Empiric and Economic Arguments as Legal Grounds of Private, Penal and Public Law Sanctions”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(3), 2008, <<https://heionline.org>> Erişim Tarihi 24 Eylül 2019, s. 35-88.
- Moloney N, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2014.
- Özen M, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(1), 2003, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629004>> Erişim Tarihi 04 Ağustos 2021, s. 63-88.

- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özgenç İ/ Ölmez G, “Sermaye Piyasasında Güveni Korumaya Yönelik Yükümlülükler ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Özgenç İ/ Şahin C/ Turhan F (Ed.), 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Cilt I*, Seçkin Yayıncılık 2020.
- Perrone A, “EU Market Abuse Regulation: The Puzzle of Enforcement”, *European Business Organization Law Review*, 21, 2020, <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-019-00171-x>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2020, s. 379-392.
- Ryder N (Ed.), *White Collar Crime and Risk*, Palgrave Macmillan, 2018.
- Swan E J/ Virgo J, *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press, 2010.
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şenol C, “İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelemesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/44819/557478>> Erişim Tarihi 27 Ekim 2020, s. 126-145.
- Turanboy A, *İnsider Muameleleri: Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/638), 2012, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2020.
- Veil R, *European Capital Markets Law*, Oxford University Press, 2013.
- Yanlı V, “Özel Durumların Kamuya Açıklanmasında ‘İçsel Bilgi’ Kavramı”, Üçışık G/Akgiray V/ Kurban İ/ Gürpınar B/ Kılıç H/ Celep F (Düz.), *Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu*, 2011, <<https://docplayer.biz.tr/666339-Anonim-sirketler-ve-sermaye-piyasasi-hukukunda-guncel-gelismeler-turk-alman-uluslararasi-sempozyumu-25-26-haziran-2010.html>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020, s. 258-271.
- Yenidünya C, “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler”, *İpek Yolu Canlanıyor-Türk Çin Hukuku Zirvesi*, 2012, <<https://docplayer.biz.tr/6361305-Sermaye-piyasasi-kanununda-duzenlenen-suc-ve-kabahatlere-iliskin-genel-prensipler.html>> Erişim Tarihi 21 Haziran 2020, s. 85-96.

# **KAMU HUKUKU >>**





# İDÂRİ YARGILAMA USÛLÜNDE DÂVÂ AÇMA SÜRESİNE İLİŞKİN GÜNCEL KARARLAR ÜZERİNE BÂZİ MÛLÂHAZALAR

Ramazan ÇAĞLAYAN\*

## ÖZET

Anayasanın 36. maddesinde hak arama hürriyeti düzenlenmektedir. Hak arama hürriyetinin birinci unsuru mahkemeye erişim hakkı yani dâvâ hakkıdır. Dâvâ açma süresi, hak arama hürriyetine getirilen esaslı bir sınırlamadır. Anayasanın 13. maddesi gereği bu sınırlamanın kânunla yapılması gerekmektedir. Dâvâ açma süresinin belirlenmesi konusunda Anayasanın 125 ve 142. maddesi hükmü uyarınca yasama organının takdir yetkisi vardır. Yasama organı bu takdir yetkisini demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu meşrû bir amaca dayanması, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında mâkul bir dengenin bulunması şartına bağlı olarak kullanabilir. Dâvâ açma süresinin tespitinde Anayasanın 125. maddesi ile 40/2. maddesi hükümleri birlikte değerlendirilmek durumundadır. Bu durumda idâre işleminde özel dâvâ açma süresini bildirmemiş ise, genel dâvâ açma süresi işletilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Hak arama hürriyeti, dâvâ açma süresi, dâvâ açma süresinin hukûkî mâhiyeti, dâvâ açma süresinin başlangıcı, dâvâ açma süresinin işlemde belirtilmemesi.

## SOME REMARKS ON CURRENT DECISIONS REGARDING THE PERIOD OF LEGAL ACTION IN ADMINISTRATIVE TRIAL PROCEDURE

### ABSTRACT

Freedom of seeking rights is regulated in Article 36 of the Constitution. The first element of the freedom of claim is the right of access to the court, that is, the right to litigate. The duration of litigation is a fundamental limitation on the right to seek justice. According to Article 13 of the Constitution, this limitation must be made by law. Pursuant to the provisions of Articles 125 and 142 of the Constitution, the legislature has discretion in determining the duration of filing a lawsuit. The legislature can use this discretion on the condition that it is based on a legitimate aim compatible with the requirements of a democratic social order, and that there is a reasonable balance between the regulation introduced and the aim to be achieved. In determining the duration of filing a lawsuit, the provisions of Article 125 and Article 40/2 of the Constitution should be evaluated together. In this case, if the administration has not declared the period for filing a special lawsuit, the general period for filing a lawsuit will be applied.

**Keywords:** Freedom of claim, litigation time, legal nature of the litigation period, start of filing period, not specifying the filing period in the proceedings.

### QUELQUES REMARQUES SUR LES DECISIONS ACTUELLES RELATIVES A LA

---

\* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, e-posta: caglayanhukuk@yahoo.com,

ORCID: 0000-0003-1658-3178

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1165235

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22/08/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/10/2022

## DUREE DES ACTIONS JUDICIAIRES EN PROCEDURE ADMINISTRATIVE DU PROCES

### RÉSUMÉ

*La liberté de rechercher des droits est régie par l'article 36 de la Constitution. Le premier élément du droit de demander justice est le droit d'accès à la justice, c'est-à-dire le droit d'ester en justice. La durée du procès est une limitation fondamentale du droit de demander justice. Selon l'article 13 de la Constitution, cette limitation doit être faite par la loi. Conformément aux dispositions des articles 125 et 142 de la Constitution, le législateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer la durée de l'action en justice. Le législateur peut user de ce pouvoir d'appréciation à condition qu'il soit fondé sur un objectif légitime compatible avec les exigences d'un ordre social démocratique et qu'il existe un équilibre raisonnable entre la réglementation instaurée et l'objectif à atteindre. Pour déterminer la durée d'introduction d'une action en justice, les dispositions de l'article 125 et de l'article 40/2 de la Constitution doivent être évaluées ensemble. Dans ce cas, si l'administration n'a pas déclaré le délai d'introduction d'une action en justice spéciale, le délai général d'introduction d'une action en justice sera appliqué.*

**Mots clés:** *Liberté de réclamation, temps de contentieux, la nature juridique du délai contentieux, début de la période de dépôt, ne précisant pas la période de dépôt dans la procédure.*

### GİRİŞ

Sözlüklerde “zaman” (vakit), “meydana gelen olayları sıralamaya yarayan başsız ve sonsuz mücerret kavram”<sup>1</sup>; “süre” (müddet) ise “başlangıç ile sona eriş arasındaki zaman kısmı” olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>. Hukuk biliminde bâzen bu iki kavramın aynı anlamda kullanıldığı da olmaktadır. Hukukta süre (ve zaman) önemli bir kavramdır<sup>3</sup>. Kimi haklara sahip olmak ya da haklardan mahrum kalmak belli bir süreye bağlı olabilmektedir. Konumuz açısından “dâvâ açma süresi” bunun en bâriz örneğini oluşturmaktadır. Zîra idârî yargılama usûlünde dâvâ açma hakkı belli bir süreyle sınırlandırılmış olup; bu sürenin geçmesinden sonra dâvâ hakkı kaybedilmektedir.

İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu'nun (İYUK) 7 ve 8. maddelerinde dâvâ açma süreleri düzenlenmektedir. Dâvâların burada belirlenen süreler içinde açılması zorunludur. Nitekim Kânûnun 14/3-e maddesine göre, ilk incelemede beşinci olarak ele alınacak husus “süre aşımı” konusudur. Yargı yeri ilk incelemede dâvâ açma süresinin geçtiğini tespit ederse, dâvâyı reddeder (İYUK, m.15/1-b). Bu şekilde süreden reddedilen dâvâ tekrar açılmaz.

<sup>1</sup> Mehmet Doğan, *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, Vadi Yayınları, 2001, s.1437.

<sup>2</sup> Doğan, s.1213.

<sup>3</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler (Süreler)*, Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s.621-638.

Anayasa koyucu, idârî yargılama usûlünde dâvâ açma süresine özel bir önem atfederek, Anayasa'nın 125. maddesinde “*idârî işlemlere karşı açılacak dâvâlarda süre, yazılı bildirim târihinden başlar*” hükmüne yer vermiştir. Anayasa’da yapılan 2001 tarihli değişiklikle, 40. maddeye şu ikinci fıkra eklenmiştir: “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*”.

Hukuk Muhâkemeleri Kânûnu’nun 90 ilâ 94. maddeleri arasında sürelerle ilişkin genel hükümler yer almaktadır. Kânûnun başkaca maddelerinde de sürelerle ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak idârî yargılama usûlünde olduğu gibi genel ve özel dâvâ açma süreleri düzenlenmiş değildir. Türk Borçlar Kânûnu’nun 146-161. maddeleri arasında “zamanaşımı” (*mürûruzaman*) düzenlenmiştir. Kânûnun 146. maddesine göre, kânunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir. 147. maddede sayılan hâllerde zaman aşımı süresi beş yıldır. Yine 72. maddeye göre tazmînat istemi, zarar görenin zararı ve tazmînat yükümlüsünü öğrendiği târihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği târihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Zamanaşımından sonra borçlu borcunu îfâ edebilir. Ancak zamanaşımından sonra açılan dâvâda borçlu, zamanaşımı def’ini ileri sürmezse mahkeme dâvâya devam eder. Zîra Borçlar Kânûnu’nun 161. maddesine göre “*zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz*”. Buna paralel olarak HMK’nin 141/1. maddesinde de “*Ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hâkim tahkîkata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def’ileri inceleyerek karâra bağlar*” hükmü sevk edilmiştir. Buna karşılık idârî dâvâlarda dâvâ açma süresi, dâvânın ön şartlardan olup, ilk incelemede ele alınır. Bu şart eksikse esâsa girilmeden dâvâ reddedilir<sup>4</sup>.

Görüldüğü üzere idârî yargılama usûlünde “dâvâ açma süresi”, hukuk yargılamasından tamâmen farklı ele alınmaktadır. Bu çalışmada idârî yargılama usûlünde dâvâ açma süresinin niteliği, dâvâ açma süresinin başlaması ve hesaplanması, Anayasa’nın 40/2. maddesi hükmünün dâvâ açma süresine etkisi konularını ele alacağız.

## I. İDÂRÎ YARGILAMA USÛLÜNDE DÂVÂ AÇMA SÜRESİ VE HUKÛKÎ NİTELİĞİ

### A. Dâvâ Açma Süresinin Gerekliliği

Dâvâ açma süresi, “idârî dâvâların geçerli sûrette açılacağı kânûnen belirli ve

<sup>4</sup> A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku, C.2, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitapevi, 1999, s.859-860.

sınırlı olan zaman dilimi”<sup>5</sup> şeklinde tanımlanabilir. İdârî yargılama usûlünde dâvâ açma hakkının belli bir süreyle sınırlandırılmasının gerekliliği konusunda şu gerekçeler ileri sürülmektedir. Dâvâ açma süresi, idârî istikrarın sağlanabilmesi için kabul edilmiştir. İşlemi tesis eden idârenin ve bu işlemlere dayalı olarak kazanılan hukûkî durumların korunması amaçlanmaktadır<sup>6</sup>. Kamu hizmetlerini yürütmekle görevli olan idârenin, sürekli dâvâ tehdidi altında tutulmasının önüne geçilmektedir<sup>7</sup>. Böylece idâre, sınırsız bir şekilde dâvâ açma tehdidinden kurtulmakta, kişiler de idârenin keyfî tutumuna karşı korunmuş bulunmaktadır. Başka bir ifâdeyle bireyler ile idâre arasında bir denge sağlanmaktadır.

Danıştay bu husûsu şöyle belirtmektedir: “...Yasa koyucu, idârî işlemin sürekli bir biçimde dâvâ açma tehdidi altında kalmasını engelleyebilmek için, idârî işlemlerin ilgililerince ve belli sürede dâvâ konusu edebileceğini öngörerek hizmetin hızlı ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak istemiştir...”<sup>8</sup>.

Anayasa Mahkemesi de öğretilde belirtilen gerekçeleri kabul etmektedir: “...Doktrinde ve yargı kararlarında, idârî işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya mâkul olmayacak ölçüde uzun bir süre dâvâ konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı ve idârede bulunması gereken istikrarı bozacağı ifâde edilerek, idârî dâvâ açma sürelerinin sınırlanabileceği kabul edilmektedir...”<sup>9</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin bir başka karârında da şöyle denilmektedir: “...Mevzuatta öngörülen itiraz ve dâvâ açma süreleri aynı zamanda hukuk devletinin gereklerinden olan hukûkî güvenlik ve hukûkî istikrar ilkeleriyle doğrudan ilgili olup kuralların belirli ve öngörülebilir olmalarının yanı sıra idârenin söz konusu kurallara yönelik uygulamalarındaki sürekliliğin idâre ve tüm bireyler açısından önemi açıktır. Bu bağlamda, kamu yararı düşüncesinin de bir yansıması olan hukûkî güvenlik ve istikrar ilkelerinin, hak arama hürriyetinin sınırını oluşturabilmesi mümkün olmakla birlikte bu sınırlamanın Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olmaması gerekir...”<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Lutfi Duran, “İdari Kazâda Dâvâ Açma Müddeti”, *İHFM*, C.2, S.1-2, s. 240.

<sup>6</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 13.Baskı, Turhan Kitabevi, 1999, s.397; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2018, s.320-322.

<sup>7</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, İsmail Akgün Hak Kitabevi, 1966, s.1960; Danıştay Onuncu Dâiresi, E.2005/9189, K.2006/664, T. 31.01.2006: “Yasa koyucu, idârî işlemlerin sürekli bir biçimde dâvâ açma tehdidi altında kalmasını engelleyebilmek için, idârî işlemlerin ilgililerince ve belli sürede dâvâ konusu edilebileceğini öngörerek kamu hizmetinin hızlı ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak istemiştir”.

<sup>8</sup> Danıştay Onuncu Dâiresi, E.2005/9189, K.2006/664, T.31.01.2006.

<sup>9</sup> AYM, E.2016/29, K.2016/134, T.14.07.2016, p.20; AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/07/2016, p.16.

<sup>10</sup> AYM, E.2018/33, K.2018/113, T.20.12.2018, p.22.

## B. Dâvâ Açma Süresi-Hak Arama Hürriyeti İlişkisi

Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlığını taşıyan 36. maddesinde, “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvâcı veya dâvâlı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmü yer almaktadır. İdârî yargılama usûlünde dâvâ açma hakkı belli bir süreyle sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlamanın, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile doğrudan ilişkili olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

Hak arama özgürlüğü ile dâvâ açma hakkı ilişkisini Anayasa Mahkemesi şöyle ifade etmektedir: “...Anayasa'nın ‘Hak arama hürriyeti’ başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, ‘Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak sûretiyle yargı mercileri önünde dâvâcı veya dâvâlı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir.’ denilerek yargı organlarına dâvâcı ve dâvâlı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve âdil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde ise ‘İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...’ denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dâvâ yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dâvâ hakkı tanınması âdil bir yargılamanın da ön koşulunu oluşturur....”<sup>11</sup>.

“...Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukûkî bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sâhip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da mâruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dâvâ hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dâvâ hakkının tanınması hak arama özgürlüğünün ön koşulunu oluşturur...”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> AYM, E.2016/29, K.2016/134, T.14.07.2016, p.11.

<sup>12</sup> AYM, E.2022/10, K.2022/72, T.01.06.2022, p.23; AYM, E.2016/29, K.2016/134, T.14.07.2016, p.18: “...Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da mâruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dâvâ hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır...” Aynı yönde bkz. AYM, E.2018/99, K.2021/14, T.03.03.2021, p.21; AYM, E.2018/62, K.2018/117, T.27.12.2018, P.11; AYM, E.2018/33, K.2018/113, T.20.12.2018, p.21; Aynı yönde bkz. AYM, E.2013/95, K.2014/176, T.13.11.2014; AYM,

### C. Hak Arama Özgürlüğünün Dâvâ Açma Süresi İle Sınırlandırılması

Anayasanın “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlığını taşıyan 13. maddesinde, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kânunla sınırlanabilir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre bir temel hak ve hürriyet, o temel hak ve hürriyeti düzenleyen Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sınırlama sebebiyle sınırlandırılabilir.

Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlığını taşıyan 36. maddesinde, özel sınırlama sebebi yer almamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, dâvâ açma süresi, hak arama hürriyetinin sınırlandırılması demektir. Anayasanın 36. maddesinde hak arama hürriyeti için sınırlama sebebi belirtilmediğine göre, dâvâ açma süresi öngören kânunlar (meselâ İYUK m.7, m.20/A, m.20/B), Anayasaya aykırı mıdır?

Anayasa Mahkemesi bu sorunun cevâbını şöyle vermektedir: “...*Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir...*”<sup>13</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımına göre, hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddede özel sınırlama sebebi sayılmamış olsa bile, dâvâ açma süresi bu hakkın doğasından kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle sınırsız bir süreyle dâvâ açma hakkının tanınması söz konusu değildir.

### D. Dâvâ Açma Süresinin Kânunla Düzenlenmesi Zorunluluğu

Yukarıda ifade edildiği üzere dâvâ açma sürelerinin, bir özgürlük sınırlandırması olduğunda kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesi bunu şöyle ifade etmektedir. “Dâvâ açma sürelerine ilişkin kurallar, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran kurallardır... Getirilen düzenlemenin ‘mahkemeye erişim hakkı’na ve dolayısıyla da âdil yargılanma hakkına yönelik bir müdâhale olduğu açıktır”<sup>14</sup>. “Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kânunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna,*

E.2014/177, K.2015/49, T.14.05.2015.

<sup>13</sup> AYM, E.2022/10, K.2022/72, T.01.06.2022, p.29; AYM, E.2018/99, K.2021/14, 03.03.2021, p.24; AYM, E.2018/33, K.2018/113, T.20.12.2018, p.22. Aynı yönde bkz. AYM, E.2013/95, K.2014/176, T.13.11.2014; AYM, E.2014/177, K.2015/49, T.14.5.2015.

<sup>14</sup> AYM, E.2016/29, K.2016/134, T.14.07.2016, p.20; AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/07/2016, p.16.

*demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” denilmektedir. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca... hak arama hürriyeti, yalnızca kânunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa’nın sözüne ve rûhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz...<sup>15</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği üzere, “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlığını taşıyan 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak kânunla sınırlanabilir. Dâvâ açma süresi, hak arama hürriyetine getirilen bir sınırlama olduğuna göre mutlaka kânunla düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim idârî yargılama usûlünde dâvâ açma süreleri kânunla düzenlenmiştir. Başta İYUK olmak üzere (m.7,10,11,12,13) idârî dâvâların açılmasında uyulması gereken süreler kânunla düzenlenmiştir.

#### **E. Dâvâ Açma Süresinin Belirlenmesinde Yasama Organının Takdir Yetkisi**

İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu’nun 7/1. maddesine göre, genel dâvâ açma süresi, idârî dâvâlarda altmış (60) gün, vergiye ilişkin dâvâlarında ise otuz (30) gündür. Kânunlarda, idârî ya da vergi dâvâları için açıkça başka bir dâvâ süresi öngörülmemiş ise, bu “*genel dâvâ açma süresi*” uygulanır.

İYUK’un 7/1. maddesinde, genel dâvâ açma süresi belirlenirken “*özel kânunlarında ayrı süre gösterilmeyen hâllerde*” ifâdesine yer verilmiştir. Bu hükme göre, kânunlarda özel dâvâ açma sürelerinin öngörülmesi de mümkündür. Nitekim bâzı kânunlarda, genel dâvâ açma süreleri dışında, özel dâvâ açma süreleri öngörülmektedir. Meselâ İYUK’un 20/A maddesi gereğince ivedi yargılama usûlüne tâbi konularda *dâvâ süresi 30 gün*; 20/B maddesinde de merkezi sınavlara ilişkin dâvâlarda *dâvâ açma süresi 10 gün* olarak düzenlenmiştir. Yine 213 sayılı Vergi Usûl Kânûnu’nda, onbeş (15) gün (Mükerrer madde 49, Ek m. 7), Kamulaştırma Kânûnu’nda otuz (30) gün (m. 14), Çevre Kânûnu’nda otuz gün (m.25/2), Türk Petrol Kânunû’nda otuz gün (m.23/4) gibi dâvâ süreleri bulunmaktadır. Bu şekilde kânunda özel dâvâ açma süresi öngörülmüş ise, dâvânın bu süre içinde açılması gerekir.

Burada şu sorular gündeme gelmektedir. İdârî dâvâ açma süreleri neye göre belirlenmelidir? Hangi süre hukuk devleti ilkesine, hak arama özgürlüğüne ve âdil yargılanma hakkına uygun düşmektedir? Genel dâvâ açma süresi yanında, bâzı dâvâlar için daha kısa dâvâ açma süresi belirlenebilir mi?

<sup>15</sup> AYM, E.2018/62, K.2018/117, T.27.12.2018, p.13.

Anayasa Mahkemesi, dâvâ açma süresinin belirlenmesi konusunda yasama organının takdir yetkisi olduğuna, bu takdir yetkisini kullanırken de Anayasada belirlenen ilkelere uygun davranılması gerektiğine hükmetmiştir. “*Anayasa’nın 125. maddesinde idârenin eylem ve işlemlerine karşı ne kadar süre içinde dâvâ açılabileceğine ilişkin bir belirlemede bulunulmamış, bu konu yasama organının takdirine bırakılmıştır. Nitekim Anayasa’nın 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ile ‘yargılama usûllerinin’ kânunla düzenleneceği kurala bağlanmış, yargılama usûllerini belirleme konusunda kânun koyucuya takdir yetkisi tanınmıştır. Dâvâ açma süresini belirleyen kurallar da yargılama usûlüne ilişkindir. Bununla birlikte kânun koyucunun takdir yetkisini kullanırken Anayasa’da belirtilen ilkelere uygun davranması gerekir...*”<sup>16</sup>.

Anayasa Mahkemesi, genel dâvâ açma süresi yanında, bâzı dâvâlar için daha kısa dâvâ açma süresi belirlenmesini, demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu meşrû bir amaca dayanması, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında mâkul bir dengenin bulunması şartıyla Anayasaya uygun olacağına karar vermiştir. “*...İdâre mahkemelerine dâvâ açma süresinin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kânûnu’nda öngörülen altmış günlük genel dâvâ açma süresine oranla daha kısa (on beş gün) olarak belirlenmesinin; yabancı konumunda Türkiye’ye giriş yapan ve uluslararası koruma talebinde bulunanların durumlarının bir an önce açıklığa kavuşturulması ve böylece bu konuda gerek yabancı yönünden gerekse idârî makamlar yönünden var olan belirsizliklerin Anayasa’nın 141. maddesinde öngörülen dâvâların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını amacıyla yapıldığı ve dolayısıyla düzenlemenin demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu meşrû bir amaca dayandığı görülmektedir. Bu durumda, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında mâkul bir dengenin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır...*”<sup>17</sup>.

#### **F. Dâvâ Açma Süresinin Hukûkî Niteliği**

İdârî yargılama usûlünde dâvâ açma süresinin hukûkî niteliği konusunda öğretide görüş farklılıkları bulunmaktadır<sup>18</sup>. Hak düşürücü süre olduğunu ileri sürenler yanında<sup>19</sup>, kamu hukûkuna özgü “*sui generis*” bir kurum olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> AYM, E.2016/29, K.2016/134, T.14.07.2016, p.12.

<sup>17</sup> AYM, E.2016/29, K.2016/134, T.14.07.2016, p.20; AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/07/2016, p.16.

<sup>18</sup> Bu tartışmalar için bkz. Gürsel Öngören, *Türk Hukukunda İdari Dâvâ Açma Süreleri*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş 1990, s.6-12; Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dâvâ Açma Süreleri*, Turhan Kitapevi, 2011, s. 19-25.

<sup>19</sup> Onar, C.II, s. 1961; Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 14.Baskı, Turhan Kitapevi, 2001, s. 397; Gözübüyük/Tan, C.II, s. 859.

<sup>20</sup> Lutfi Duran, "İdari Kazâda Dâvâ Açma Müddeti-İdari Müruru Müddet", *İÜHF*, 11(1-2), 1944, s. 249; Erol Çırakman, "İdari Dâvâlarda Süre", *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Danıştay Yayınları, 1976, s. 196.



Hak düşürücü süre, maddî hukûka ilişkin kânunda öngörülen sürenin dolması ile hak ortadan kalkar. Hak düşürücü sürenin geçtiği, dâvânın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi mahkemece de re'sen dikkate alınır. Yine hak düşürücü sürenin durması, kesilmesi söz konusu olmadığı gibi mücbir sebebin varlığında ek süre verme konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

İdârî yargıda dâvâ açma süresinin hak düşürücü süre değil, idârî yargılama usûlüne özgü (*sui generis*) bir süre olduğunu ileri sürenler, idârî dâvâ açma süresinin, İYUK 9. ve 11. maddede olduğu gibi uzamasının veya durmasının mümkün olduğunu; dâvâ açma süresinin geçmesi durumunda sâdece dâvâ hakkının ortadan kalktığını, iptal dâvâlarında işlemin hukûka uygun hâle gelmediğini, tam yargı dâvâlarında zararın ortadan kalkmadığı gibi hususları gerekçe göstererek, idârî yargıda dâvâ açma süresinin, usûl hukukuna ilişkin olduğunu ve buna bağlı olarak mücbir sebebin dâvâ açma süresine etki etmesi gerektiğini ifâde etmektedirler<sup>21</sup>. Mücbir sebebin dâvâ açma süresine etki edeceği yönünde Danıştay kararları bulunmaktadır<sup>22</sup>.

Danıştay'ın,1930'lu yıllardan itibaren<sup>23</sup>, dâvâ açma süresinin hak düşürücü süre olduğu, kamu düzeninden sayıldığı ve dâvânın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi, yargı yerince de re'sen dikkate alınacağı görüşünde olduğunu söyleyebiliriz.

“...İdârî yargıdaki dâvâ süreleri maddî hukûka değil, usûl hukukunu ilgilendiren bir nitelik taşıdığından, dâvâ süresinin geçirilip geçirilmediği husûsunun idârî yargı yerince re'sen araştırılması gerekmektedir...”<sup>24</sup>.

“...Dâvâ açma süreleri hak düşürücü süre niteliğindedir ve yasada belirli bir sürenin geçmesi dâvâ hakkını kullanılmaz duruma getirir ...”<sup>25</sup>. “...İdârî yargıdaki dâvâ süreleri maddî hukûku değil, usûl hukûkunu ilgilendiren bir nitelik taşıdığından, dâvâ süresinin geçirilip geçirilmediği husûsunun idârî yargı yerince re'sen araştırılması gerekmektedir. Başka bir ifâde ile dâvâ açma süresi, kamu düzenini ilgilendirdiğinden idârî yargı yerinin

<sup>21</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Ebru Gündüz, “Mücbir Sebebin İdari Dâvâ Açma Süresine Etkisi”, *AHBVÜHFD*, 23(2), 2019, s.237-266.

<sup>22</sup> Danıştay'ın az da olsa mücbir sebebin dâvâ açma süresine etki edeceği yönünde kararları vardır. Danıştay Beşinci Dâiresi, E.1960/947, K.1961/608, T. 07.03.196, Çırakman, s.194; Danıştay Dördüncü Dâiresi, E.1995/6183, K.1996/2698, T. 20.06.1996, Gündüz, agm., s.243.

<sup>23</sup> Danıştay Dördüncü Dâiresi, E.1939/923, K.1939/3591, T.169.1939, Öngören, s.7.

<sup>24</sup> Danıştay Yedinci Dâiresi, E.1984/1081, K.1984/1385, T.09.07.1987.

<sup>25</sup> Danıştay Altıncı Dâiresi, E.1987/33, K.1987/942, T.20.10.1987; Danıştay Üçüncü Dâiresi, E.2009/4122, K.2009/2814, T. 30.09.2009: ““...İdari yargılamada dâvâ açma ve kânun yoluna başvurma süreleri kendine özgü hak düşürücü süreler olup, kamu düzenini ilgilendirdiğinden taraflarca ileri sürülmesi bile dâvânın her aşamasında ilgili yargı mercii tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi, bu sürelerin durması veya kesilmesini gerektiren durumlar ancak yasal bir düzenlemeyle yapılabilir...””.

*önüne gelen bir dâvânın süresinde açılıp açılmadığını kendiliğinden araştırması zorunlu bulunmaktadır... Dâvâ açma süresi hak düşürücü bir süre niteliğindedir. Yâni süresinde kullanılmayan dâvâ hakkı düşmekte ve yargı yolu kapanmaktadır...’’<sup>26</sup>.*

Burada idârî dâva açma sürelerinin kendine özgü niteliğinin gözardı edilmemesi gerekir. Bu bakımdan İYUK m.9 ve 11. maddelerde olduğu gibi dâvâ açma süresinin durması ve uzaması mümkündür. Öte yandan dâvâ açma süresinin geçmesi, sâdece işleme karşı dâvâ açılmaması sonucunu doğurur, işlemi hukûka uygun hâle getirmez. Yine tam yargı dâvâsında, dâvâ süresinin geçmiş olması, zararın ortadan kalktığı ve haklılık kazandığı anlamına gelmez.

## II. İDÂRÎ İŞLEMLERDE DÂVÂ AÇMA SÜRELERİ

### A. Genel Olarak Dâvâ Açma Süresi<sup>27</sup>

Anayasanın 125. maddesinde “*idârî işlemlere karşı açılacak dâvâlarda süre, yazılı bildirim târihinden başlar*” hükmü yer almaktadır. Anayasanın bu hükmüyle ilgili iki husûsa değinmek gerekir. Birincisi bu hükümde işlemin düzenleyici ya da birel (bireysel) olması ayırımına yer verilmemektedir. Oysa yazılı bildirim daha ziyâde birel (bireysel) işlemler için söz konusudur. İkincisi husus ise düzenlemede “*yazılı bildirim târihinden itibaren*” denilerek, bildirim gününün süreye dâhil olduğu gibi bir sonuç çıkarmaya elverişli olmasıdır.

İdârî işlemlerde dâvâ açma süresinin başlangıcı İYUK’un “dâvâ açma süresi” başlığını taşıyan 7. maddesinde daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Buradaki genel kurallar şu şekildedir:

(a) Dâvâ açma süresi, idârî uyuşmazlıklarda; yazılı bildirim yapıldığı târihi izleyen günden itibaren başlar.

(b) Dâvâ açma süresi, vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda; tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın; tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin; tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idârenin dâvâ açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon karârının idâreye geldiği târihi izleyen günden başlar.

(c) Adresleri belli olmayanlara özel kânunlarındaki hükümlere göre ilân yoluyla

<sup>26</sup> Danıştay Yedinci Dâiresi, E.1984/1081, K.1984/1385, Gözübüyük/Tan, C.II, s. 860; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E.1966/67, K.1967/8, Gözübüyük/Tan, C.II, s. 860.

<sup>27</sup> Geniş bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdârî Yargılama Hukûku*, 13.Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s.301 vd.

bildirim yapılan hallerde, özel kânûnunda aksine bir hüküm bulunmadıkça süre, son îlân tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün sonra işlemeye başlar.

(d) İlânı gereken düzenleyici işlemlerde dâvâ süresi, îlân târihini izleyen günden itibaren başlar.

Anayasa hükmü ile kânun düzenlemesi mukâyesede edildiğinde şunları söyleyebiliriz.

(1) Anayasa, sâdece birel (bireysel) işlemlerde dâvâ açma süresini düzenlemiş gözükmektedir; kânun hem birel (bireysel) hem de düzenleyici işlemler bakımından dâvâ açma sürelerini düzenlemektedir.

(2) Anayasa düzenlemesi, “*yazılı bildirim târihinden itibaren*” denilerek, bildirim gününün süreye dâhil olduğu gibi bir sonuca yol açacak şekilde iken; kânunda “*bildirim yapıldığı târihi izleyen günden itibaren*” denilerek açık ve net şekilde bildirim gününün süreye dâhil olmayacağı belirtilmiştir. Bu husus, kânûnun 8. maddesinde yer alan “*Süreler, tebliğ, yayın veya îlân tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar*” hükmü ile daha da açık şekilde ifade edilmiştir.

Burada şu husûsu de belirtmek gerekir. Dâvâ açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için, işlemin içeriğinin duyuru (îlân) metninde ya da tebliğ metninde kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir<sup>28</sup>.

Bu genel değerlendirmelerden sonra dâvâ açma süresinin başlangıcı bakımından birel (bireysel) işlemler ile düzenleyici işlemleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

### **1. Birel (Bireysel) İşlemlerde Dâvâ Açma Süresi<sup>29</sup>**

(1) *Dâvâ açma süresi yazılı bildirim ile başlar*: Anayasa’nın 125 ve İYUK’un 7. maddesi gereğince, bireysel idârî işlemlerde dâvâ açma süresi, “*yazılı bildirim yapıldığı târihi izleyen günden*” itibaren işlemeye başlar. Bu hükümlere göre, bireysel idârî işlemlerin yazılı olarak ilgililere bildirilmesi bir zorunluluktur. Şâyet idârî işlem birden fazla kişiyi doğrudan ilgilendiriyorsa, hepsine ayrı ayrı yazılı olarak bildirilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi idârî işlemlerin ilgililere bildirilmesini (tebliğini) hak arama hürriyetinin önemli bir unsuru olarak nitelendirmektedir: “...Anayasa’nın 125. maddesinde, idârenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ve idârî işlemlere karşı açılacak dâvâlarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı öngörülmüştür.

<sup>28</sup> Danıştay Dördüncü Dâiresi, E.2016/2703, K.2016/4343, T.25.05.2016.

<sup>29</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Taner Ayanoglu, *Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dâvâ Açma Süresinin Başlangıcı*, Onikilevha Yayınları, 2017.

*Tebliğat; yetkili makamlarca birtakım hukûkî işlemlerin, bu işlemin hukûkî sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kânûna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usûlüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. İşlemlerin kendilerine bağlanan hukûkî sonuçları doğurabilmesi için muhâtabına bildirilmesi gerekir. Tebliğat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir... ”<sup>30</sup>.*

Kânunda öngörülen dâvâ açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için işlemin ilgisine (ya da ilgililerine) tebliğ edilmesi bir zorunluluktur. Yazılı bildirim yapılmadan, dâvâ açma süresi hukûken işlemeye başlamaz. “...İdârî işlem aleyhine açılacak dâvâlarda kânunla belli edilen sürenin işlemeye başlayabilmesi için idârî işlemin ilgiliye (yazılı) bildirim gerekli olup böyle bir bildirim olmadıkça dâvâ açma süresinin işlemeye başlaması olanaksızdır...”<sup>31</sup>. Öte yandan bireysel işlemin (meselâ ihâleden yasaklama karârı) Resmi Gazetede yayınlanmasının, dâvâ açma süresine etkisi bulunmayıp, dâvâ açma süresi, tebliğ târihinden îtibâren işlemeye başlar<sup>32</sup>.

Danıştay bâzı durumlarda sözlü bildirim, dâvâ açma süresinin başlaması için yeterli bulmuştur. Örneğin doçentlik sınavında, jüri başkanının sonucu sözlü olarak adaya tefhim etmesini, dâvâ açma süresinin başlaması için yeterli bulmuştur<sup>33</sup>. Ancak bir başka kararda, bu karârın tam aksi yönünde karar verilmiştir. Bu kararda, “jüri başkanının sözlü bildirimini, yazılı bildirim yerine geçerli saymak mümkün olmadığından, bu noktadan hareketle, dâvâyı süre aşımı yönünden reddetmek hukûka uygun görülmemiştir” denilerek isâbetli bir karar verilmiştir<sup>34</sup>.

Fransız hukûkunda, yerel yönetim meclis üyelerinin, meclis karârına karşı dâvâ açmaları durumunda, dâvâ süresinin karârın alındığı târihten başlayacağı kabul edilmektedir. Bu halde ayrıca bildirim gerek olmadığı, ilgilinin idârî işlemi bildiği varsayılmaktadır<sup>35</sup>.

(2) *Dâvâ açma süresinin işlemin öğrenilmesi ile başlaması*: Bâzı hâllerde sürenin başlaması için işlemin öğrenilmesi (muttali olunması) yeterli kabul edilmelidir. Ayrıca ilgiliye yazılı olarak tebliğ edilmesi aranmamalıdır. Meselâ sınav sonuçlarının îlân edilmesi (internet sitesinde veya başka sûrette), dâvâ açma süresinin başlaması için yeterli kabul edilmelidir. Sayıları binleri bulan kişilere ayrı ayrı yazılı tebliğ edilmesinin zorunluluğu ileri sürülemez.

<sup>30</sup> AYM, E.2018/62, K.2018/117, T.27.12.2018, P.12; AYM, E.2018/33, K.2018/113, T.20.12.2018, p.26.

<sup>31</sup> Danıştay Onikinci Dâiresi, E.1973/2933, K.1974/165, AİD, Cilt.7, Sayı.3, s. 239.

<sup>32</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2014/771, K.2014/1737, T.08.05.2014.

<sup>33</sup> Danıştay Sekizinci Dâiresi, E.1990/1348, K.1990/873, T.11.09.1990, DD.82-83, s. 710.

<sup>34</sup> Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.1991/10, K.1992/68, T.20.03.1992, DD.86, s. 116.

<sup>35</sup> Tekin Akıllıoğlu, “Karar Notu”, AİD, 20(4), s. 194.

Aynı yaklaşım Resmî Gazete’de yayınlanma durumu (atama kararları gibi) için de kabul edilmelidir.

“...İdari işlemlere karşı açılacak dâvâlarda sürenin, yazılı bildirim târihinden başlayacağı kuralı, idârî işlemlerin idâre tarafından ilgililere açık ve anlaşılır bir biçimde duyurulması ve bu işlemlere karşı idârî yollara veya dâvâ yoluna başvurularına olanak sağlama amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, idârî işlemin niteliğinin ve hukûkî sonuçlarının dâvâcı tarafından bütünüyle öğrenildiği kimi dâvâlarda, bilgi edinmenin (ittılanın) yazılı bildirim sonuçlarını doğuracağı ve dâvâ açma süresine başlangıç alınacağı Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Ancak bu istisnâî durumun kabulü, bilgi edinmenin dâvâ açma süresine başlangıç alınması da, idârî işlemin niteliği ve doğurduğu hukûkî sonuç itibâriyle dâvâcılar tarafından öğrenildiğinin kanıtlanması koşuluna bağlı olup; bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği açılan idârî dâvâda ancak idârî yargı merciince karâra bağlanabilir. Bir başka deyişle, her tür bilgi edinmenin (ittılanın) idârî dâvâ açma süresine başlangıç alınacağı şeklindeki genel bir kabul, Anayasa'nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Yasayla bağdaşmayacaktır...”<sup>36</sup>.

Danıştay, bilgi edinmenin (ittılanın) yazılı bildirim sonuçlarını doğurabilmesinin ve dâvâ açma süresine başlangıç alınabilmesinin, idârî işlemin niteliği ve doğurduğu hukûkî sonuç itibâriyle dâvâcılar tarafından öğrenildiğinin kanıtlanması koşuluna bağlı olduğunu, bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin de idârî yargı merciince karâra bağlanacağını belirtmektedir.

“...İdari işlemlere karşı açılacak dâvâlarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı kuralı, idârî işlemlerin idâre tarafından ilgililere açık ve anlaşılır bir biçimde duyurulması ve bu işlemlere karşı idârî yollara veya dâvâ yoluna başvurularına olanak sağlama amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, idârî işlemin niteliğinin ve hukûkî sonuçlarının dâvâcı tarafından bütünüyle öğrenildiği kimi dâvâlarda, bilgi edinmenin (ittılanın) yazılı bildirim sonuçlarını doğuracağı ve dâvâ açma süresine başlangıç alınacağı Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Ancak bu istisnai durumun kabulü, bilgi edinmenin dâvâ açma süresine başlangıç alınması da, idârî işlemin niteliği ve doğurduğu hukûkî sonuç itibariyle dâvâcılar tarafından öğrenildiğinin kanıtlanması koşuluna bağlı olup; bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği açılan idârî dâvâda ancak idârî yargı merciince karâra bağlanabilir. Bir başka deyişle, her tür bilgi edinmenin (ittılanın) idârî dâvâ açma süresine

<sup>36</sup> Danıştay İdari Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2014/5776, K.2015/3204, T.05.10.2015.

*başlangıç alınacağı şeklindeki genel bir kabul, Anayasa'nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Yasayla bağdaşmayacaktır...<sup>37</sup>.*

(3) *Bildirimden önce dâvâ açılması mümkündür*: Dâvâ açma süresinin yazılı bildirimle başlayacağı esas ise de bildirimden önce öğrenilmesi hâlinde dâvâ açmaya engel bir durum yoktur. Yâni işlem tamamlandığı anda dâvâ açılabilir. Kişi mutlaka yazılı tebliği beklemek zorunda değildir<sup>38</sup>. Tebliğden önce açılan dâvâ reddedilemez. Bu durumda dâvânın vaktinden önce açıldığı ileri sürülemez<sup>39</sup>.

(4) *Yazılı bildirim şartları*: Dâvâ açma süresini başlayabilmesi için yazılı bildirim aşağıdaki şartları taşıması gerekir<sup>40</sup>:

(a) *Bildirim tam olmalıdır*: Yazılı bildirim dâvâ süresini başlatabilmesi için, bildirim tam olması, şekil ve usûl kurallarına uygun olarak yapılması lâzımdır<sup>41</sup>. Danıştay'ın bir kararında belirttiği gibi "...dâvâ açma süresine başlangıç olacak yazılı bildirim yetkili makamlarca ve işlemin açıklanması sûretiyle yapılması" gerekir<sup>42</sup>.

(b) *Bildirim yetkili makam tarafından yapılmalıdır*: Dâvâ süresinin başlayabilmesi için bildirim (tebliğin) yetkili mercii yani işlemi yapan idâre tarafından yapılması gerekir<sup>43</sup>.

Başka bir makâmın işlemi, yazılı bildirim olarak kabul edilebilir mi? Danıştay bir mahkeme kararının tebliğini, yazılı bildirim olarak kabul edileceği yönünde karar vermiştir<sup>44</sup>. Hukuk mahkemesinin kararının ilgiliye tebliğinin, yazılı bildirim yapılmış gibi addedilerek dâvâ açma süresinin başlangıcı olarak alınması isâbetli değildir. Bildirim tam ve yeterli açıklıkta olması ve yetkili makam tarafından yapılması kuralının yerine getirildiği söylenemez<sup>45</sup>.

(c) *Bildirim yeterli açıklıkta olmalıdır*: Yapılan yazılı bildirim, işlemin mâhiyetinin anlaşılacağı açıklıkta olmalıdır. Başka bir ifâde ile ilgiliye, işlemin hukûka aykırı olup olmadığını inceleme imkânı verecek unsurları taşımalıdır. Bu bakımından sâdece karar alındığının veya karar sonucunun bildirilmesi yeterli olmayıp, kararın gerekçesinin de

<sup>37</sup> Danıştay İdari Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2017/2293, K.2017/3424, T.02.11.2017.

<sup>38</sup> Danıştay Birinci Dâiresi, E.1936/337, K.1938/444, T.24.02.1938, DKD.5, s. 126; Danıştay Altıncı Dâiresi, E.1965/4069, K.1966/1140, T.02.03.1966, DKD.100-102, s. 264.

<sup>39</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 870; Danıştay Dördüncü Dâiresi, E.1990/1088, K.1990/3054, T.07.11.1990, DD.82-83, s. 353.

<sup>40</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 867.

<sup>41</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 867.

<sup>42</sup> Danıştay Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.1971/254, K.1971/825, T.8.10.1971, AİD, C.5, S.1, s. 164.

<sup>43</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 867.

<sup>44</sup> Danıştay Sekizinci Dâiresi, E.1984/648, K.1985/151, T.15.02.1985, AİD, C.20, Sayı.4, s. 188.

<sup>45</sup> Akıllıoğlu, s. 194.

bildirilmesi gerekir<sup>46</sup>.

Uygulamada yargı yerleri karârın yazılı bildirimini yeterli bulmakta, gerekçenin bulunmamasını bir eksiklik olarak kabul etmemektedir. Bu bakımdan, tam olmayan bildirimlerde, dâvâ açma süresinde idâreye başvurarak, işlemin tam olarak bildirilmesini talep temek gerekir. Aksi halde, dâvâ süresi işlemeye devam edecektir<sup>47</sup>.

Danıştay'ın, işlemin gerekçesinin bildirilmesini talep etmenin dâvâ süresine etki etmeyeceği yönünde de karârı bulunmaktadır. “... *Gerekçesinin bildirilmesi için mürâcaat da idârî dâvâ açma süresini kesmeyeceğinden kânûnen muayyen...dâvânın süre aşımı sebebiyle reddine...*”<sup>48</sup>.

(d) *Başvuru mercii ve süresi belirtilmelidir*: Anayasanın 40. maddesinde “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*” hükmü yer almaktadır. Özellikle kânunlarda özel dâvâ açma süresi öngörüldüğü durumlarda, özel dâvâ açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için, özel dâvâ açma süresinin açıkça belirtilmesi gerekir. Aksi hâlde özel dâvâ açma süresi değil, genel dâvâ açma süresi tatbik edilir<sup>49</sup>.

(e) *Bildirim belgelendirilmesi*: Dâvâ açma süresinin işlemeye başladığının kabûlü için, yazılı bildirim yapıldığını idâre ispatlamalı yâni belgelemelidir<sup>50</sup>. Yazılı bildirim târîhinin bilinmemesi ya da idâre tarafından belgelenememesi durumunda, ihtimallere göre muhtelif çözümlere gidilmektedir.

-*Süre aşımı iddiasının kabul edilmemesi*: Yazılı bildirim târîhinin tespit edilememesi durumunda Danıştay genel olarak, dâvâlı idârenin süre aşımı iddiasını dikkate almayarak dâvânın esası hakkında karar vermektedir<sup>51</sup>. “...*Yönetim Kurulu kararının dâvâcıya tebliğ târîhi tespit edilmediğine göre, dâvâlı tarafından ileri sürülen müddet iddiası varit görülmeyerek işin esası incelendi...*”<sup>52</sup>.

-*İdârî başvuru târîhinin kabul edilmesi*: Bildirim târîhi belli olmayan işlemlere karşı açılan dâvâlarda ilgili, işlemi yapan ya da hiyerarşik üstüne başvurmuş ise, bu başvuru târîhi

<sup>46</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 868.

<sup>47</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 868.

<sup>48</sup> Danıştay Onikinci Dâiresi, E.1967/2579, K.1968/1545, Gözübüyük/Tan, C.II, s. 868.

<sup>49</sup> Danıştay Onuncu Dâiresi, E.2006/2232, K.2007/6691, T.31.12.2007.

<sup>50</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 869.

<sup>51</sup> Gözübüyük/Tan C.II, s. 869.

<sup>52</sup> Danıştay Beşinci Dâiresi, E.1953/1467, K.1954/690, T.23.03.1954, DKD.64-65, s. 206; Danıştay Onikinci Dâiresi, E.1965/3920, K.1966/2097, Gözübüyük/Tan, C.II, s. 869.

dâvâ açma süresinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir<sup>53</sup>. “...Uyuşmazlık konusu olayda, dâvâcının şark zammı verilmesi istemini reddeden Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca müesses 15.11.1967 gün ve ...sayılı işlemin tebliğ gününün belli olmaması nedeni, bu işleme karşı aynı makâma itiraz ettiği 24.11.1967 gününde muttali olduğunun kabûlü gerekmesine...”<sup>54</sup>.

-Uygulama târihinin kabul edilmesi<sup>55</sup>: İşlem uygulamaya konulmuş ise Danıştay, yazılı bildirim uygulama târihinde yapılmış sayılmasına karar vermektedir<sup>56</sup>. İşlemin uygulanmaya konulması, ilgilinin işlem den haberdar olması (ittıla) anlamında olup, yazılı bildirim anlamına gelmemektedir. Danıştay’ın bu yaklaşımı doğru değildir. Yazılı bildirim önem vermek gerekir<sup>57</sup>.

## 2. Düzenleyici İşlemlerde Dâvâ Süresi

(1) *Yayın veya ilân tarihi*: İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu’nun 7/4. maddesine göre, “İlânı gereken düzenleyici işlemlerde dâvâ süresi, ilân târihini izleyen günden itibaren başlar”. Görüldüğü üzere bu hükümde “ilân” deyimini yer almaktadır. Ancak Kânûnun 8. maddesinde yer alan “Süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar” hükmünde “ilân” yanında “yayın” kavramına da yer verilmektedir.

Burada yer alan “yayın veya ilân tarihi” kuralı düzenleyici işlemlere yöneliktir. “...2577 sayılı Kânun’un 7. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen, dâvâ açma süresinin hesabında bildirim yerine ilânın esas alınarak sürenin ilân tarihini izleyen günden itibaren başlamasına ilişkin kural, ilânı gereken düzenleyici işlemlere karşı açılan idârî dâvâlara yöneliktir....”<sup>58</sup>.

Sözlükte “ilân”, “bir durumu halka duyurmak içi, çeşitli basın ve yayın araçları veya afişlerle yapılan açıklama, duyuru”<sup>59</sup> veya “bir husûsun herkese duyurulması için gazeteye verilen, bastırılarak dağıtılan, bir yere asılan yazı veya radyo televizyon yoluyla yâhut hoparlörle yapılan sözlü açıklama”<sup>60</sup> şeklinde açıklanmaktadır. “Yayın” ise “yayımlanmış şey,

<sup>53</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 869.

<sup>54</sup> Danıştay Onuncu Dâiresi, E.1971/3059, K.1974/922, T.27.03.1974, AİD, C.8, Sayı.1, s. 222; Danıştay Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.1970/405, K.1975/40, Gözübüyük/Tan, C.II, s. 869.

<sup>55</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 870.

<sup>56</sup> Danıştay Onikinci Dâiresi, E.1975/557, K.1975/10, Gözübüyük/Tan, C.II, s. 870.

<sup>57</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 870.

<sup>58</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2021/651, K.2021/1105, T.29.03.2021; Danıştay İDDK, E.2017/2293, K.2017/3424, T.02.11.2017.

<sup>59</sup> Doğan, s.620.

<sup>60</sup> Kubbealtı Lugatı, <http://lugatim.com/s/%C3%8EL%C3%82N>.



neşriyat”<sup>61</sup> yâhut “basılıp satışı çıkarılan kitap, gazete vb.”<sup>62</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Mevzuatta bâzen “yayım” kavramı kullanılmaktadır. “Yayım, “basıp dağıtma, neşir” anlamına gelmektedir<sup>63</sup>. Anayasanın 124. maddesinde “*Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazete’de yayımlanacağı kânunda belirtilir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre hukukta “yayın” veya “yayım” denildiğinde, o düzenlemenin Resmî Gazete’de yayınlanarak halka duyurulması anlaşılmaktadır. İlân ise, bir düzenlemenin gazete, dergi, afiş gibi yazılı olarak veya radyo, televizyon, hoparlör gibi aygıtlarla sözlü olarak halka duyurulması demektir.

Bu durumda dâvâ açma süresi, düzenleyici işlem Resmî Gazete’de yayınlanması gereken bir işlemse, yayınlanma târihini izleyen günden itibaren; diğer düzenleyici işlemler ise halka duyurulma yani ilân târihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yayın veya ilân târihini izleyen günden itibaren dâvâ açma süresi geçmiş ise artık dâvâ açma hakkı kaybedilmektedir.

(2) *Düzenleyici işlemin uygulanması târihi*: İYUK’un 7/4. maddesine göre, düzenleyici işlemin uygulanması üzerine ilgililer, “düzenleyici işlem veya uygulama işlemi yâhut her ikisi aleyhine birden dâvâ açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz”. Bu durumlarda dâvâ açma süresi, düzenleyici işlemin uygulanma işleminin bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlar<sup>64</sup>.

Kânûnun bu hükmüne göre, bir düzenleyici işlem uygulanarak bireysel işlem hâline dönüştüğünde ilgili şu yöntemlerden birisine başvurabilir:

(a) Uygulama târihini izleyen günden itibaren dâvâ açma süresi içinde sâdece düzenleyici işleme karşı dâvâ açabilir.

(b) Uygulama târihini izleyen günden itibaren dâvâ açma süresi içinde sâdece sâdece bireysel işleme karşı dâvâ açabilir.

(c) Uygulama târihini izleyen günden itibaren dâvâ açma süresi içinde hem düzenleyici işleme hem de bireysel işlemi birlikte dâvâ edebilir.

Düzenleyici işlem bakımından dâvâ açma süresi geçtikten sonra, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı da dâvâ açılabilmesi için şu şartların varlığı aranır: a) Bir düzenleyici işlemin var olması, b) ilgili hakkında bir uygulama işleminin (birel işlem) yapılmış olması, c) bireysel işlemin, düzenleyici işlemin uygulanması niteliğinde olması, d) bireysel

<sup>61</sup> Doğan, s.1402.

<sup>62</sup> Kubbealtı Lugatı, <http://lugatim.com/s/YAYIN>.

<sup>63</sup> Doğan, s.1402.

<sup>64</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 888.

işlemin ilgilinin menfaatini etkiler nitelikte olması gerekir.

“...İlân tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayan dâvâ açma süresi içerisinde idârî dâvâya konu edilmeyen düzenleyici işlemlerin, bu târihten sonra dâvâya konu edilebilmeleri için, ilgili hakkında uygulama işlemi yapılmış olması, bireysel işlemin ise birlikte dâvâ konusu yapıldığı düzenleyici işlemin uygulanması niteliğinde bulunması gerekmektedir. Diğer taraftan, anılan maddede sözü edilen "uygulama işlemi" kavramı, kural koyucu nitelikteki düzenleyici işlemlere dayanılarak ilgililer hakkında tesis edilen ve onların menfaatlerinin ihlal edilmesi sonucunu doğuran, başka bir ifâdeyle hukuksal durumlarında değişiklik yaratan bireysel nitelikteki işlemleri ifâde etmektedir...”<sup>65</sup>.

*Yetkili ve görevli mahkeme:* Burada şunu belirtmek gerekir ki, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı da dâvâ açılması hâlinde dâvâ, düzenleyici işleme karşı açılacak dâvâyı görmeye yetkili mahkemede görülür. Örneğin düzenleyici işleme karşı açılacak dâvâ, Danıştay’ın görev alanına giriyorsa, uygulama işlemi ile birlikte düzenleyici işleme karşı da dâvâ açıldığında, Danıştay görevli ve yetkili olacaktır.

“...Belediyece verilen îmar durumu belgesi üzerine yasal altmış günlük süre içinde sözü edilen belgenin dayanağını oluşturan îmar planı değişikliği işlemine karşı açılan dâvânın esasının incelenmesi gerekirken, planın ilânından itibaren yasal dâvâ açma süresinin geçirildiğinden bahisle dâvânın süre aşımı yönünden reddinde usûl ve yasaya uyarlık görülmemiştir...”<sup>66</sup>.

Düzenleyici işleme dayanılarak yapılan vergi tarhı işlemi üzerine düzenleyici işleme karşı açılacak dâvâlarda süre konusunda bir tereddüt olabilir. Zîra vergi dâvâlarında süre otuz, idârî dâvâlarda ise altmış gündür. Düzenleyici işleme karşı dâvâ, Danıştay’da açılacağından dâvâ açma süresi altmış gündür<sup>67</sup>.

Belli bir alandaki taşınmazların, düzenleyici işlemlerle, kültürel varlık veya sit alanı olarak sınıflandırılması hâlinde; bu sınıflandırma mâliklerin taşınmaz üzerindeki kullanım haklarını sınırlandırıyor veya değişiklikleri özel kayıt altına alıyorsa, durumun ilgililere ayrıca tebliğ edilmesi gerektiği yönünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı bulunmaktadır<sup>68</sup>. Bu durumda ilgililere bildirim yapılmamış ise, dâvâ açma süresi işlemeye başlamaz.

<sup>65</sup> Danıştay İDDK, E.2021/1728, K.2021/2705, T.01.12.2021.

<sup>66</sup> Danıştay Altıncı Dâiresi, E.1987/1369, K.1988/416, T.21.03.1988, DD.72-73, s. 369.

<sup>67</sup> Vergi Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.1989/14, K.1990/26, T.09.03.1990, DD.80, s. 117.

<sup>68</sup> Geouffre de la Pradelle c. France kararı (87/1991/339/412), Gözübüyük/Tan, C.II, s. 891.

## B. İdârî Başvuru Hâlinde Dâvâ Açma Süresi

İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu'nun 10. maddesinde yeni bir işlem yapılması için idâreye başvuru; 11. maddesinde ise mevcut bir işlem için idâreye başvuru ve dâvâ açma süreleri düzenlenmektedir<sup>69</sup>.

### 1. Yeni İşlem Yapılması İçin İdâreye Başvuru Hâlinde Dâvâ Açma Süresi

İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu'nun 10. maddesine göre, ilgililer, haklarında idârî dâvâya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idârî makamlara başvurabilirler. İdâre bu başvuruyu açıkça reddedebilir. İdâre başvuruyu hiç cevap vermeyebilir, bu durumda zımnî ret işlemi gerçekleşir. Yâhut idâre uzunca bir zaman sonra cevap verebilir. Dolayısıyla dâvâ açma süresinin başlangıcı, başvuru karşısında idârenin tutumuna göre farklı olmaktadır.

Burada, idârenin herhangi bir işlemi ya da eylemi yokken, idâreye bir işlem ya da eylem yapması için başvuru söz konusudur. Meselâ bir memurun başka yere naklen atanma talebi, bir öğrencinin başka bir üniversiteye yatay geçiş talebi, bir kişinin inşaat ruhsatı talebi bu nitelikte başvurulardır.

**(1) Başvurunun Şartları:** Usûlü Kânûnu'nun 10. maddesi kapsamında bir başvurudan söz edebilmek için, söz konusu başvurunun aşağıdaki şartları taşıması gerekmektedir<sup>70</sup>:

(a) *Başvuru yetkili makâma yapılmalıdır:* Madde metninde geçen “idârî makam” ifâdesi, “yetkili makam” anlamındadır. Yetkili makam, başvuru konusunda işlem ya da eylem tesisinde yetkili olan makamdır. Yetkisiz makâma yapılan başvuru, zımnî ret sürecini başlatmaz<sup>71</sup>. Başvurunun yetkili idâreye ulaşmış olması da gerekir<sup>72</sup>. Öte yandan başvurunun mutlaka dâvâcı veya kânûnî temsilcisi tarafından yapılması gerekir. Kânûnî temsilci veya vekil olmayan tarafından yapılan başvuru, hukûken geçerli bir başvuru sayılamaz.

“...Dâvâya konu edilen zımnî ret işleminden önce idâreye yapılan başvurunun, bizzat dâvâcı tarafından ya da dâvâcı adına başvuru yapmaya yetkili vekil aracılığıyla yapılmadığı,

<sup>69</sup> İdâreye başvuru ve dâvâ açma süreleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Müzeyyen Eroğlu Durkal, İdari Makamların Sükutu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

<sup>70</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 876-877.

<sup>71</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 877.

<sup>72</sup> Danıştay İdârî dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2015/2469, K.2017/7, T.16.1.2017: “...Temyizen incelenen idâre mahkemesi kararına dayanak alınan 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi; ortada henüz idârî dâvâ yoluna başvurmayı gerektirecek bir uyumsuzluğun bulunmadığı hâllerde ilgililerin, idârî dâvâya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idârî makamlara yapacakları başvurular üzerine açılacak dâvâlara ilişkin süreleri düzenlemektedir. 10. maddenin aradığı anlamda ilgililerin başvurusu üzerine tesis edilmiş bir işlemin varlığından söz edebilmek için de bu başvuru dilekçesinin idâreye ulaşmış olması: bir başka deyişle ilgilinin başvurusunun idârenin itulama girdiğinin kabulü gerekmektedir...”.

*doğrudan doğruya dâvâcıyı ilgilendiren görev yeri değişikliğine ilişkin bir hususta dâvâcı adına başvuru yapmaya yetkisi olmayan eş tarafından yapılan başvuruya idârece herhangi bir cevap verilmediği görülmektedir. Bu durumda, dâvâcı tarafından idâreye yapılan usûlüne uygun bir başvuru ve bu başvuru üzerine dâvâcı adına tesis edilmiş bir işlem bulunmadığından, ortada idârî dâvâya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlemin mevcut olmaması nedeniyle işin esasına girilmeksizin 2577 sayılı Kânûnun 15/1-b maddesi uyarınca dâvânın reddi gerekir... ”<sup>73</sup>.*

*(b) Başvuru, idârî dâvâya konu olabilecek işlem ya da eylem için yapılmalıdır: Başvuru, idârî dâvâya konu olabilecek işlem ya da eylem hakkında olmalıdır. İdârî dâvâya konu teşkil etmeyecek işlem ya da eylem için yapılan başvuru, zımnî ret sürecini başlatmaz ve dolayısıyla dâvâ hakkı sağlamaz<sup>74</sup>. Örneğin, bir konuda kânûnî düzenleme yapılması için bakanlığa başvurulması, dâvâ hakkı doğurmaz.*

*(c) Başvuru için genel bir süre öngörülmemiştir: Kânunda, idâreye başvuru için genel bir süre öngörülmemişse ilgililer, idârî dâvâya konu olabilecek bir işlem ya da eylem için, her zaman idâreye başvuruda bulunabileceklerdir<sup>75</sup>.*

Aynı hukûkî sonucu elde etmeye yönelik birden fazla başvurular ayrı ayrı değerlendirilip, söz konusu başvurulara ayrı ayrı cevap verilmesi gerekir. Dolayısıyla her biri için dâvâ açma süresi ayrı olarak ele alınır. “...2577 Sayılı İdari Yargılama Usûlü Kânûnu'nun 10. maddesi uyarınca her zaman isteyebileceklerinin ve dolayısıyla başvurunun içeriği, haklarında idârece kendiliğinden kurulan işlemin sonuçlarına yönelik olsa dahi her bir başvuru üzerine kurulan açık ya da zımnî ret işleminin, etkili ve tek başına iptal dâvâsına konu edilebilir nitelikte ayrı bir işlem olarak kabûlüyle dâvâcının önceki yargı kararlarına konu işlemin sonuçlarına yönelik, yeni bir başvuruda bulunması üzerine kurulan işlemin iptali istemiyle açılan dâvânın konusunun farklı bir idârî işlem olduğunun, özellikle kesinleşmiş ya da derdest dâvâlarda verilen kararların, uyumsuzluğun esasına yönelik olmadığı da gözetildiğinde, önceki dâvâlardan farklı bir işlemin iptali istemiyle açılmış dâvâda, kesin hüküm ve/veya derdestlik bulunmadığının kabûlü gerekeceği sonucuna varılmıştır... ”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Danıştay İkinci Dâiresi, E.2013/10505, K.2015/10128, T.10.12.2015.

<sup>74</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 877.

<sup>75</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 877.

<sup>76</sup> Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2015/2469, K.2017/7, T.16.1.2017; Danıştay Beşinci Dâiresi, E.1992/1602, K.1995/1580, T.26.04.1995, DD.91, s. 494: “...Aynı hukûkî sonucu elde etmeye yönelik olsalar bile, öncekinden ayrı ve bağımsız birer başvuru oldukları ve bu başvurular üzerine tesis edilen olumsuz işlemlerin dâvâ açma süresi yönünden de bir öncekinden bağımsız olarak ele alınıp değerlendirilmesi gerektiği önemle vurgulanması gereken bir durumdur... ”.

**(2) Dâvâ Açma Süresinin Başlangıcı:** Bir işlem ya da eylem yapılması için idâreye başvuru hâlinde, idârenin tutumuna göre dâvâ açma süresinin başlangıcı da farklı olabilmektedir.

(a) *İdârenin kesin cevap vermesi:* Bir işlem ya da eylem yapılması için başvurulması hâlinde idâre, otuz günlük cevap süresi içinde açık (sarih) olarak olumlu ya da olumsuz cevap verebilir. Eğer olumsuz (talebin reddi yönünde) cevap vermiş ise dâvâ açma süresi, bu olumsuz cevâbın ilgiliye tebliğini izleyen günden işlemeye başlar<sup>77</sup>.

(b) *İdârenin kesin olmayan cevap vermesi:* İYUK'un 10/2. maddesine göre, otuz günlük cevap süresi içinde idâre, kesin olmayan (talebiniz inceleniyor, konu araştırılıyor gibi) bir cevap vermiş ise; ilgili bu cevâbı, isteminin reddi sayarak dâvâ açabileceği gibi, kesin cevâbı da bekleyebilir. Bu takdirde dâvâ açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru târihinden itibaren *dört ayı geçemez*.

(c) *İdârenin hiç cevap vermemesi:* İYUK'un 10/2. maddesine göre, otuzgün içinde bir cevap verilmez ise istek reddedilmiş sayılır. İlgililer otuz günün bittiği târihten itibaren dâvâ açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idâre ve vergi mahkemelerine dâvâ açabilirler.

*Zımnî ret süresinin dolmasından önce dâvâ açılması:* Zımnî ret süresi dolmadan dâvâ açılması hâlinde, ortada bir idârî karar olmadığından dâvânın reddedilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna karşın, dâvâda nihâî karar verilmeden önce zımnî ret süresi dolmuş ise, dâvâ reddedilmeyerek, esas hakkında karar verilebileceği de söylenebilir. Fransız Danıştayının uygulamasının da bu yönde olduğu ifade edilmektedir<sup>78</sup>.

Danıştay da, henüz kesinleşmeden dâvâ konusu yapılan bir işlemin, sonradan kesinleşmesi üzerine, dâvânın esasının karâra bağlanacağı yönünde karârı bulunmaktadır. “...Dâvânın, dâvâ mevzuunu teşkil eden hadisenin kat'iyet kesbetmesinden evvel açılmış olması hasebiyle tetkikine imkân olmadığı iddiasının muterizünbih muâmelenin bilâhare kesbi kat'iyet olmasına binaen şayanı kabul görülmeyerek işin esasına geçildi...”<sup>79</sup>.

(d) *İdârenin sonradan cevap vermesi:* İYUK'un 10/2. maddesine göre, dâvâ açılmaması veya dâvânın süreden reddi hâllerinde, otuz günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idârî makamlarca cevap verilirse, cevâbın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dâvâ

<sup>77</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 877.

<sup>78</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 882.

<sup>79</sup> Danıştay Beşinci Dâiresi, E.1939/3474, K.1944/306, T.11.02.1944, DKD.27, s. 18.

açabilirler<sup>80</sup>.

Zımnî ret süresi dolduktan sonra, ya idâre kendiliğinden yâhut ilgilinin tekrar başvurusu üzerine idâre cevap verir ise, şu ihtimaller ortaya çıkabilir<sup>81</sup>.

(aa) Otuz günlük zımnî ret süresi dolduktan sonra fakat dâvâ açma süresi dolmadan önce idâre cevap verebilir. Bu durumda dâvâ açma süresi, cevâbın yazılı bildiriminden îtibâren yeniden işlemeye başlar<sup>82</sup>.

(bb) Otuz günlük zımnî ret süresi ve akabinde başlayan dâvâ açma süresi dolduktan sonra idâre cevap verebilir. Bu durumda dâvâ açma süresi, cevâbın yazılı bildiriminden îtibâren yeniden işlemeye başlar<sup>83</sup>.

(cc) Otuz günlük zımnî ret süresi ve akabinde başlayan dâvâ açma süresi dolduktan sonra açılan dâvânın, mahkemece süreden reddedilmesi sonrasında idâre cevap verebilir. Bu durumda da dâvâ açma süresi, cevâbın yazılı bildiriminden îtibâren yeniden işlemeye başlar<sup>84</sup>.

(dd) Otuz günlük zımnî ret süresi ve akabinde başlayan dâvâ açma süresi dolduktan sonra açılan dâvânın görülmesi sırasında, idâre olumsuz cevap verebilir. Bu durumda Danıştay, dâvânın reddedilmeyerek, esasına girilmesi yönünde karar vermektedir<sup>85</sup>.

Zımnî ret süresinin dolduğunun, dâvâcı tarafından ispatlanması gerekir. Dâvâcı bunu, posta makbuzu, noter yazısı, dilekçenin kayıt târihi ve numarasını bildirerek ispatlayabilir<sup>86</sup>.

**Aynı konuda yeni başvuru hâlinde dâvâ açma süresi<sup>87</sup>:** İYUK 10. madde kapsamında idâreye başvuru sonucunda, idârenin talebi reddetmesi (sarih veya zımnî ret) ve akabinde dâvâ açma süresi de geçtikten sonra, aynı konuda idâreye yapılacak yeni bir başvuru, yeni bir dâvâ

<sup>80</sup> Danıştay Altıncı Dâiresi, E.2013/673, K.2015/1617, T.18.3.2015: "...Dâvâ açma süresi içinde idâreye yapılan başvurunun, altmış gün içinde yanıtlanmaması durumunun zımnî ret sayılması, idârenin keyfi olarak vatandaşın başvurusunu bekletmesine karşı getirilmiş bir güvence olup, idârenin yanıt verme yükümlülüğünü kaldıran bir durum değildir. Zımnî ret sonunda dâvâ açma hakkını kullanmayan birinin, idârenin sonradan vermiş olduğu ret cevâbı üzerine dâvâ açma hakkını kullanması Anayasa'nın 74 ve 125. maddelerinin vermiş olduğu hakkın bir gereğidir. Zımnî ret müessesesi, idârenin keyfi olarak cevap vermemek sûretiyle dâvâ açma hakkının engellenmesi sebebiyle getirilmiştir. İdari yargıda, idârenin iptal dâvâsı ile denetlenmesi esas olup, İdarenin cevap vermemek sûretiyle, hak arama özgürlüğünün kullanılmasına engel olması zımnî ret müessesesi ile ortadan kaldırılmıştır. Zımnî ret süresi sonundan îtibâren başlayan dâvâ açma süresi geçtikten sonra idâreden gelen açık cevap üzerine süresi içinde dâvâ açılabilir olup, Anayasanın 125. maddesinin üçüncü fıkrası gereği bu duruma herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır..."

<sup>81</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 882-883.

<sup>82</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 882.

<sup>83</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 883.

<sup>84</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 883.

<sup>85</sup> Danıştay Beşinci Dâiresi, E.1988/2022, K.1990/1863, DD.82-83, s. 446.

<sup>86</sup> Gözübüyük/Tan, C.II, s. 885.

<sup>87</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Cemil KAYA, "İdari Yargılama Usulü Kânunu'nun 10. Maddesi Uyarınca İdareye Yapılan Her Yeni Müracaatın Dâvâ Açma Süresini Canlandırması", *İÜHFİM*, 68(1-2), 2010, s. 61- 76.

süresi hakkı verir mi? Danıştay'ın genel yaklaşımının yeni bir dâvâ açma hakkının doğacağı yönünde olduğunu söyleyebiliriz<sup>88</sup>.

## 2. Mevcut Bir İşlem İçin İdâreye Başvuru Hâlinde Dâvâ Açma Süresi

İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu'nun 11. maddesinde, dâvâ açmadan önce, mevcut bir idârî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için başvurulması ve dâvâ açma süresinin başlaması konusu düzenlenmektedir.

Kânûnun 11.maddesi kapsamında yapılan idârî başvuru ve dâvâ açma süresinin başlangıcına ilişkin kuralları şu şekilde sıralayabiliriz.

(a) *Bir işlemin varlığı*: Kişilerin menfaatini etkiler nitelikte bir işlemin var olması gerekir.

(b) *İşlem için başvuru*: Mevcut idârî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için başvuru yapılması gerekir.

(c) *Yetkili mercie başvuru*: Başvurunun, işlemi yapan merciin üstü varsa üst makama, üst makam yoksa işlemi yapan makama yapılması gerekir.

(d) *Dâvâ açma süresi içinde başvuru*: Söz konusu başvurunun, mevcut işlemin dâvâ açma süresi içinde yapılması gerekir.

(d) *Sürenin durması*: şartlarına uygun idârî başvuru, işlemeye başlamış olan dâvâ açma süresini durdurur.

(e) *Sürenin yeniden işlemeye başlaması*: Başvurudan îtibâren otuz gün içinde istek açıkça reddedilebilir veya otuz gün içinde cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması hâlinde dâvâ açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma târihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır. Yani dâvâ açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar.

*Sonradan verilen cevâbın dâvâ açma süresine etkisi*: Kânûnun 11. madde düzenlemesinde, zımnî reddin gerçekleşmesinden sonra idârece verilecek açık ret cevabının, dâvâ süresine etkisinin ne olacağı belirtilmemiştir. Danıştay'ın yaklaşımının, zımnî ret süresi dolduktan sonra idârenin vereceği cevâbın dâvâ açma süresine herhangi bir etkisinin

<sup>88</sup> Danıştay Onuncu Dâiresi, E.1993/2082, K.1995/529, T.13.02.1995, DD.91, s.1070-1071; Danıştay Altıncı Dâiresi, E.2005/214, K.2007/1461, T.9.3.2007, DD.116, s.192; Danıştay Onuncu Dâiresi, E.1985/1044, K.1987/926, T.04.05.1987, DD.68-69, s. 716; Danıştay Sekizinci Dâiresi, E.2008/9268, K.2009/2170, T.30.03.2009, DD.122, s.372-374.

olmayacağı yönünde olduğunu söyleyebiliriz. Danıştay'a göre zımnî ret süresi geçtikten sonra “verilecek cevâbın işlemeye başlamış olan dâvâ süresine, başlangıç târihi yönünden bir etkisi bulunmamaktadır”<sup>89</sup>.

Ancak Danıştay'ın 2015 târihli bir kararında, yukarıda aktardığımız eski içtihadından döndüğü ve sonradan verilen cevâbın dâvâ açma süresini başlatacağını kabul ettiği görülmektedir. Dâvâya konu olan olayda; dâvâcı askı süresi içerisinde îmar plânı değişikliği işlemine îtiraz etmiş ve yaklaşık 9 ay sonra idâre tarafından îtirazı reddedilmiştir. Cevâptan îtibâren dâvâ açma süresi içinde açılan dâvâ, ilk derece mahkemesince süreden reddedilmiştir. Temyiz aşamasında Danıştay, Anayasada yer alan mülkiyet hakkı (m.35), hak arama hürriyeti (m.36), başvuru yollarını belirtme (m.40), AİHS'te yer alan âdil yargılanma hakkı (m.6), İmar Kânûnu (m.8), Belediye Kânûnu (m.20) gibi düzenlemelere değindikten sonra, îmar plânı değişikliklerinin ve îtirazların cevaplandırılmasının zaman aldığı, zımnî ret süresinin kişiler için bir güvence teşkil ettiğini ifâde etmiş ve İYUK 11. maddenin nasıl anlaşılması gerektiğini şöyle belirtmiştir: “...İdâre dâvâ açma süresi içinde yapılan başvuruya açıkça ret cevâbı verebilir. Bu cevap dâvâ açma süresini başlatır. Bu cevâbın altmış günlük dâvâ açma süresi içinde verilmemesi sebebiyle oluşan zımnî retten sonra idârenin vermiş olduğu açık ret cevâbının dâvâ açma hakkı vermeyeceği şeklinde hükmü yorumlamak, hükmün bir kısmını uygulanamaz hâle getirmektedir. Böyle yorumlandığında hükmün “veya” bağlacından önceki kısmının anlamı kalmamaktadır. İdârî işleme karşı dâvâ açmadan önce idâreye başvuran kişilere, Anayasanın 74. maddesine göre idârenin yanıt vermesi zorunlu olduğundan, idârenin açık yanıtının zımnî ret süresi içinde gelmesi gerektiğine dâir bir sınırlama madde metninde yer almamaktadır. Madde metni bu yorumda bulunulmayacak kadar açıktır...”<sup>90</sup>.

### C. Askıya Çıkarılan İşlemlerde Dâvâ Açma Süresi

Bâzı idârî işlemler, yapıldıktan sonra askıya (îlâna) çıkarılmaktadır. Bu süre zarfında işleme karşı îtiraz edilebilmektedir. Meselâ 3194 sayılı İmar Kânûnu'nun 8. maddesinde göre îmar planları bakımından şu hüküm yer almaktadır: “Onay tarihinden îtibâren valilikçe tespit edilen îlân yerinde ve ilgili idârelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak îlân edilir. Bir aylık îlân süresi içinde planlara îtiraz edilebilir”.

Bu şekilde askıya (îlâna) işlemlerde, ilgili mevzuat ve İYUK 11. madde hükmü gereğince işlemin kaldırılması ya da değiştirilmesi için başvuru yapıldığında, dâvâ açma

<sup>89</sup> Danıştay Beşinci Dâiresi, E.1991/3142, K.1992/226, T.06.02.1992; Danıştay Dördüncü Dâiresi, E.1985/2569, K.1985/1931, T.11.07.1985

<sup>90</sup> Danıştay Altıncı Dâiresi, E.2013/673, K.2015/1617, T.18.03.2015.



süresinin başlangıcı nasıl belirlenecektir? Burada süresinde idârî başvuru yapılmış olmasını, başvuru yapılmamış olmasını ve îmar planının uygulanması hallerini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

(a) *Askı süresi içinde idâreye başvuru yapılmaması halinde dâvâ açma süresinin başlangıcı:* İmar planlarına askı süresi içinde bir îtirazda bulunulmamış ise, dâvânın, 2577 sayılı Kânun'un 7. maddesi uyarınca imar planının son îlân tarihini izleyen günden itibaren altmış gün içinde açılması gerekir<sup>91</sup>.

(b) *Askı süresi içinde idâreye başvuru yapılması halinde dâvâ açma süresinin başlangıcı:* Askı süresi içinde 2577 sayılı Kânun'un 11. maddesi kapsamında başvuruda bulunulması halinde iki ihtimal ortaya çıkmaktadır.

Birinci ihtimalde, bu başvuruya idârî dâvâ açma süresinin başlangıç târihi olan son îlân tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verilmeyerek isteğin reddedilmiş sayılması hâlinde, bu târihi tâkip eden dâvâ açma süresi içinde iptal dâvâsı açılabilir<sup>92</sup>.

İkinci ihtimalde, son îlân târihini izleyen otuz gün içinde cevap verilmek suretiyle isteğin reddedilmesi hâlinde bu cevap târihinden itibaren dâvâ açma süresi içinde idârî dâvâ açılabilir<sup>93</sup>.

(c) *İmar planının uygulanması hâlinde dâvâ açma süresi:* Süresinde îtiraz veya dâvâ açılmamışsa, îmar planı uygulanmaya başlar. Bilindiği üzere çevre düzeni planları, ülke ve bölge plan kararlarına uygun olarak konut, sanayi, tarım, turizm, ulaşım gibi yerleşme ve arâzi kullanılması kararlarını belirleyen planlar olup; bu planlar ile belirlenen ana kararların alt ölçekli îmar planları ile uygulamaya geçirilir. Planlama sürecinde, nazım îmar planının öncelikle yapılarak çevre düzeni planı ile uyumlu hazırlanmak suretiyle arazinin genel kullanım biçimi, nüfus yoğunluğu, yapı yoğunluğu, ulaşım gibi konular belirlenmektedir. İmar planları arasındaki bu hiyerarşik ilişki, diğer düzenleyici işlemlerden farklı olup; alt ölçekli planların, üst ölçekli planların uygulanması amacıyla yapılmaktadır. Planların bu nitelikleri dikkate alındığında; bir düzenleyici işlem olan alt ölçekli plan, üst ölçekli planın uygulama işlemi niteliğindedir. Yani bir düzenleyici işlemin uygulama işlemi yine bir düzenleyici işlemdir. Bu durumda, üst ölçekli îmar planı bakımından dâvâ açma süresi geçmiş olsa bile, uygulama işlemi olan alt ölçekli îmar planının dâvâ açma süresi içinde her iki işlem de (her

<sup>91</sup> Danıştay İDDK, E.2021/3079, K.2021/2594, T.24.11.2021.

<sup>92</sup> Danıştay İDDK, E.2021/3079, K.2021/2594, T.24.11.2021.

<sup>93</sup> Danıştay İDDK, E.2021/3079, K.2021/2594, T.24.11.2021.

iki îmar planı da) dâvâ konusu edilebilir<sup>94</sup>.

#### **D. Tebliği Zorunlu Olmayan Hallerde Dâvâ Açma Süresi**

Bireysel işlemler, sâdece işlemin taraflarına (muhataplarına) tebliğ edilmektedir. Ancak bâzı bireysel işlemler, işlemin tarafı olmayan ve dolayısıyla tebliği zorunlu olmayan kişileri de etkileyebilmektedir. Meselâ ihâle kararları bu şekildedir. Bir yere arıtma tesisi kurulmasına ilişkin ihâlenin, tesisin kurulacağı yerin mâliklerine tebliğ edilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu ihâle onların da menfaatini etkiler nitelikte olduğundan, onların da dâvâ açma hakkı bulunmaktadır. Bu örnekte olduğu gibi işlemin doğrudan muhâtabı olmayan kişilere bildirim zorunluluğu bulunmadığından, bunlar bakımından dâvâ açma süresi işlemin öğrenilmesinden itibaren başlar<sup>95</sup>. Öğrenme târihi ise iyi niyet kuralları, olayın özelliği ve niteliği dikkate alınarak yargı yerince belirlenir<sup>96</sup>.

*“...İdarenin tesis ettiği işlemin doğrudan tarafı olmayan ve bu nedenle de idârece yazılı bildirim zorunluluğu bulunmayan kişilerin açacakları dâvâlarda, bu kişilerin idâri işlemi öğrenme tarihinin belirlenebildiği durumlarda, öğrenme tarihinin esas alınması gerektiği yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir. Bu itibarla, ihâle kararı, îlânı gereken düzenleyici işlem olmadığından dâvâ açma süresinin îlânla başlamayacağı ve yazılı bildirim yapılmayan hâllerde işlemin bütün unsurlarıyla ilgililer tarafından öğrenildiği tarihten itibaren dâvâ açma süresinin başlayacağı...”<sup>97</sup>.*

#### **E. İvedî Yargılamaya Tâbi Konularda Dâvâ Açma Süresi**

İdâri Yargılama Usûlü Kânûnu'nun 20/A maddesine göre ivedi yargılamaya tâbi konularda dâvâ açma süresi otuz gün; 20/B maddesine göre de merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usûlünde dâvâ açma süresi on gündür. Bu sürelerin uygulanmasında da tereddütler ortaya çıkmaktadır. Bunlardan bâzıları üzerinde durmak istiyoruz.

(1) İvedî yargılama usûlüne tâbi bir konuda, kendisine doğrudan tebliğat yapılmayan

<sup>94</sup> Danıştay İDDK, E.2021/3079, K.2021/2594, T.24.11.2021.

<sup>95</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2021/651, K.2021/1105, T.29.03.2021; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2016/1457, K.2016/1824, T.18.05.2016; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2018/1604, K.2018/2298, T.05.07.2018.

<sup>96</sup> Danıştay Dördüncü Dâiresi, E.2016/3301, K.2016/6980, T.01.12.2016; Danıştay Odördüncü Dâiresi, E.2016/3301, K.2016/6980.

<sup>97</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2021/651, K.2021/1105, T.29.03.2021; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2018/1604, K.2018/2298, T.05.07.2018: “...Düzenleyici işlemler dışında kalan bireysel nitelikteki idâri işlemlerin iptali istemiyle açılan dâvâlarda, dâvâ açma sürelerinin hesabında, işlemin ilgisine tebliğ edildiği tarihin esas alınması gerekmektedir birlikte, özellikle idarenin tesis ettiği işlemin doğrudan tarafı olmayan ve bu nedenle de idârece yazılı bildirim zorunluluğu bulunmayan kişilerin açacakları dâvâlarda, bu kişilerin idâri işlemi öğrenme tarihinin belirlenebildiği durumlarda, öğrenme tarihinin esas alınması gerektiği yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir....”.

kişiler bakımından da dâvâ açma süresi otuz gündür. Ancak bu otuz günlük süre, öğrenme târihinden îtibâren işlemeye başlar<sup>98</sup>. Kararların azlık oylarında, kendisine tebligat yapılmayan kişiler bakımından özel dâvâ açma süresi değil, genel dâvâ açma süresi olan altmış gün uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu gibi hallerde altmış gün olan dâvâ açma süresinin uygulanması, ivedi yargılama usûlünün amacıyla bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

(2) İvedi yargılama usûlüne tâbi dâvâlarda, İYUK 11. madde uygulanmayacağından, işlemin kaldırılması ya da değiştirilmesi için idâreye yapılan başvurunun, dâvâ açma süresine bir etkisi bulunmamaktadır<sup>99</sup>.

(3) İvedi yargılamaya tâbi îmar planında, askı tutanağında başvuru süresi ve mercii belirtilmemişse, ilgililerin özel dâvâ açma süresini bilmesi mümkün olmadığından genel dâvâ açma süresi olan altmış gün uygulanmalıdır<sup>100</sup>.

### III. ANAYASANIN 40/2. MADDESİ HÜKMÜNÜN DÂVÂ AÇMA SÜRESİNE ETKİSİ

Anayasanın 125. maddesinde “*idâri işlemlere karşı açılacak dâvâlarda süre, yazılı bildirim târihinden başlar*” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa’da yapılan 2001 tarihli değişiklikte, 40. maddeye şu ikinci fıkra eklenmiştir: “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*”<sup>101</sup>.

İdârenin yazılı olarak bildirdiği işlemde dâvâ açma süresi ve merci belirtilmemesinin dâvâ açma süresine etkisi konusunda farklı içtihatlar ortaya çıkmıştır. Bu içtihatları aşağıdaki şekilde tasnif edebiliriz.

#### A. Dâvâ Açma Süresi Başlamaz Yönündeki İçtihat

Danıştay’ın muhtelif kararlarında, idârî işlemde işleme karşı açılacak dâvânın süresi ve mercii bildirilmemiş ise, dâvâ açma süresinin hiç işlemeye başlamayacağı yönünde içtihat oluşturulduğu görülmektedir.

<sup>98</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2016/4830, K.2017/385, T.16.02.2017; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2018/558, K.2018/2347, T.11.07.2018; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2016/2190, K.2018/1491, T.19.04.2018; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2018/558, K.2018/2347, T.11.07.2018; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2016/2190, K.2018/1491, T.19.04.2018; Danıştay Ondördüncü Dâiresi, E.2017/648, K.2017/2332, T.13.04.2017; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2017/534, K.2018/1437, T.17.04.2018.

<sup>99</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2016/4830, K.2017/385, T.16.02.2017; Danıştay Ondördüncü Dâiresi, E.2017/648, K.2017/2332, T.13.04.2017; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2017/534, K.2018/1437, T.17.04.2018.

<sup>100</sup> Danıştay Altıncı Dâiresi, E.2020/11042, K.2021/3088; Danıştay Altıncı Dâiresi, E.2019/21616, K.2021/293; Danıştay Altıncı Dâiresi, E.2020/11383, K.2021/110.

<sup>101</sup> Anayasanın 40/2. Madde hükmünün anlamı ve etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Akbulut, “İdari İşlemlerde Kânun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *TBB Dergisi*, 81, 2009, s.1-21.

“...İdârî makamlarca tesis edilen; hangi kânun yollarına, hangi mercilere başvurulacağı husûsu ve başvuru süreleri belirtilmemiş olan işlemlerde tebliğ ile dâvâ açma süresi başlamayacak olup bu şekilde tesis edilen işlemlere karşı açılacak dâvâlarda dâvânın süresinde açılmadığından söz edilemeyecektir...”<sup>102</sup>.

“...Her ne kadar Anayasa'nın 125. maddesinde, idârî işlemlere karşı açılacak dâvâlarda sürenin, yazılı bildirim târihinden başlayacağı belirtilmiş ise de, söz konusu düzenleme Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde; kişilere bildirilen idârî işlemlerde, bu işlemlere karşı başvuru süresi ve başvuru yerinin gösterilmesi gerektiği, dâvâ açma süresini başlatacak olan bildirim, başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirim olduğu, bunun dışındaki yazılı bildirimlerin, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının amir hükmüne uygun olmadığından, dâvâ açma süresini işlemeye başlatmayacağı sonucuna varılmaktadır...”<sup>103</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak Danıştay Onüçüncü Dâiresi kararları üzerinde ayrıca durmak gerekir. Zîrâ işlemde başvuru süresi ve mercinin belirtilmemesi durumunda dâvâ açma süresinin hiç işlemeyeceği içtihadını en katı şekilde bu dâire uygulamıştır.

“...Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye rağmen, dâvâ konusu işlemde dâvâcının hangi kânun yolları ve mercilere başvurabileceği ve dâvâ açma süreleri belirtilmediğinden, idârenin doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmiş olması karşısında, bakılan dâvâda süre aşımından söz edilemeyecek olup...”<sup>104</sup>.

Danıştay Onüçüncü Dâiresinin 2016 tarihli bir karârında konu daha detaylı tartışılmıştır. Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi olup olmadığı bu bağlamda Anayasanın 125. madde hükmü ile 40/2. madde hükmü mukâyese edilerek tartışılmaktadır. Anayasanın 40/2. madde hükmünün, 36. maddede düzenlene hak arama hürriyeti ile bağlantısı ortaya konulmaktadır. Yine Anayasa'nın 40/2. madde hükmünün doğrudan uygulanabilir bir norm olup olmadığı da değerlendirilerek doğrudan uygulanabilir bir kural olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Sonuçta anayasanın 40/2. madde hükmüne gereğince, idârî işlem tebliğ edilirken, başvuru süresi ve mercii belirtilmemiş ise, dâvâ açma süresinin hiç işlemeyeceğine, dolayısıyla dâvâ açma süresinin geçmesinden sonra açılan dâvânın süre

<sup>102</sup> Danıştay Vergi Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.220/11, K.2021/1, T.27.01.2021.

<sup>103</sup> Danıştay Beşinci Dâiresi, E.2019/6328, K.2021/486, T.03.03.2021.

<sup>104</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2014/5222, K.2015/2008, T.28.05.2015.

yönünden reddedilemeyeceğine içtihat edilmektedir.

“... Anayasal düzenlemeler ve değinilen gerekçeden; Devletin, kurumları vasıtasıyla tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı yeri veya idâri makamlar ile başvuru süresinin gösterilmesinin bir anayasal zorunluluk hâline getirildiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın bağlayıcılığı karşısında, bu zorunluluğa; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idâre makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasal düzenlemeler, kural olarak doğrudan uygulanacak hükümlerden olmayıp, kânunlarda gerekli düzenlemeler yapılarak yaşama geçirilirler. Ancak, öğretide ve Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında, yürürlüğe konulması gereken yasal düzenlemede yer verilmesi gereken konuların Anayasa metninde açıkça kurala bağlandığı durumlarda, bir özel yasa ya da yürürlükteki yasalarda uygun değişiklik yapılması gerekmeksizin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanması gerektiğini, 08.12.2004 tarih ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı karârında... benimsemiş ve karârında; bireyler hakkında kurulan işlemlere karşı kânun yolları, başvurulacak merciler ile sürelerin belirtilmesi yönünden Devlete verilen görevin bir zorunluluk içerdiğine, bu zorunluluk nedeniyle her yasada özel bir düzenleme yapılması gerekmediğine değinerek, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, doğrudan uygulanır nitelik taşıdığını kabul etmiştir.

Devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı, yasama, yürütme ve yargı organlarının, idâre makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idâri mercileri ve kânun yolları ile sürelerini belirtmesi zorunludur.

Bu kapsamda, Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 40. maddesinin ikinci fıkrasının birbirleriyle olan ilişkisine de değinmek gerekmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında, idâri işlemlere karşı açılacak dâvâlarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmiş; 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kânun'un 16. maddesiyle Anayasa'nın 40. maddesine eklenen ikinci fıkrada ise, Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu ifâde edilmiştir.

*Anayasa'da yer alan düzenlemeler, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer aldığından bu kuralların birbirine üstünlüklerinden söz etmek mümkün olmamakla birlikte, Anayasal normlar değerlendirilirken normun kabul edildiği tarihe bakılarak yorum yapılabilmesi mümkündür. Bu kapsamda, her ne kadar Anayasa'nın 125. maddesinde, idâri işlemlere karşı açılacak dâvâlarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmişse de; 40. maddeye eklenen fıkrayla idâri işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerinin belirtmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idâri işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dâvâ açma süresini başlatacak olan Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dâvâ açma süresi işlemeye başlamaz.*

*Bu itibarla, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başvuru süresi bildirilmeyen işlemlerin ilgisine tebliği dâvâ açma süresini başlatmayacağından, bu tür dâvâlarda dâvâ açma süresinin geçmesinden sonra açılan dâvâlar süre yönünden reddedilmeyip işin esasının incelenmesi gerekmektedir...<sup>105</sup>.*

Danıştay Onüçüncü Dâiresi başka kararlarında da bu içtihadını aynen tekrarlamaktadır<sup>106</sup>.

Danıştay Onüçüncü Dâiresinin bu içtihadına katılmak mümkün değildir. Bu içtihat, Anayasanın 125. maddede yer alan “dâvâ açma süresi yazılı bildirimden îtibâren işlemeye başlar” hükmünün ihmal edilerek 40/2. madde hükmünün doğrudan uygulanacağını kabul etmektedir. Oysa bilindiği üzere anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Anayasanın her maddesi aynı derecede uygulanma niteliğini hâizdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu hususu şöyle ortaya koymaktadır: “...Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak mümkün değildir. Bu nedenle kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Bu bağlamda hak arama özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde aile kurumunu özel olarak düzenleyen ve anayasal güvenceye bağlayarak koruma altına alan Anayasa'nın 41. maddesinin gözetilmesi

<sup>105</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2016/69, K.2016/4279, T.20.12.2016.

<sup>106</sup> Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2017/1147, K.2017/2151, T.29.06.2017; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2016/125, K.2016/4278, T.20.12.2016; Danıştay Onüçüncü Dâiresi, E.2020/3779, K.2020/4013, T.29.12.2020.

*gerektiği açıktır...*”<sup>107</sup>.

Danıştay Sekizinci Dâiresinin 2019 tarihli bir karârında, Anayasanın 40/2. madde hükmünün yargı mercileri tarafından da uygulanması gerektiğine, adlî yargıda açılan dâvânın görev yönünden reddi karârında, başvuru süresi (idârî yargı yerine götürme süresi) belirtilmediğinden bahisle dâvâ açma süresinin işlemeyeceğine karar verilmiştir.

*“...Tüm bu açıklamalar sonucunda; devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kânun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı, yasama, yürütme ve yargı organlarının, idâre makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idârî mercileri ve kânun yolları ile sürelerini belirtmesinin zorunlu olduğu ortaya çıkmaktadır. ... Bu durumda; Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne aykırı olarak, dâvâcının tazminat isteminin görev yönünden reddine ilişkin adli yargı yerince verilen kararda dâvâ açma süresi ve başvuru yolları belirtilmediği gibi görev ret karârı veren adli yargı yerince dâvâcının verdiği idârî yargı yerine dosyanın gönderilmesi talebi de mahkemesince karşılanmadığından, olayda dâvâ açma süresinin işlemeye başladığı kabul edilemeyeceğinden, Mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken, dâvânın süre aşımı yönünden reddine karar verilmesinde usûle uygunluk bulunmamaktadır...”*<sup>108</sup>.

Danıştay’a göre, işlemde dâvâ açma süresi belirtilmemişse, dâvâ açma süresi işlemeye başlamayacağı için, işleme karşı yapılan idârî başvurunun süreyi durdurması da söz konusu olmayacaktır.

*“...Anayasanın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idârî makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'ıncı maddesine açıkça aykırılık yaratmıştır. Başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen yazılı bildirim süreyi başlatmayacağı için itirazın süresinde yapılmadığından söz edilmesine olanak bulunmadığından...”*<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> AYM, E.2017/167, K.2017/172, T.13.12.2017, p.16.

<sup>108</sup> Danıştay Sekizinci Dâiresi, E.2016/5641, K.2019/2373, T.29.03.2019.

<sup>109</sup> Danıştay Vergi Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2011/40, K.2011/594, T.12.10.2011.

## **B. Tebliğden İtibâren Dâvâ Açma Süresi İşlemeye Başlar Yönündeki İçtihat**

Anayasanın 40/2. maddesi hükmüne rağmen idâre, işleminde başvuru süresini ve merciini belirtmemiş ise, Anayasan'ın 125. madde hükmü gereğince dâvâ açma süresi tebliğ târihinden itibâren işlemeye başlar. Başka bir ifâdeyle Anayasanın 140/2. maddesi hükmünün ihlâl edilmiş olması, 125. madde hükmünün uygulanmasını ortadan kaldırmaz.

*“...İdârenin Anayasa'dan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi esas olmakla birlikte, belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi, idârî işlemlere karşı açılan dâvâlarda dâvâ açma süresinin işletilmeyip, ihmal edilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Anayasa'nın 125. maddesinde idârâ işlemlere karşı açılacak dâvâlarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağını bildirilmesi karşısında, usûlüne uygun tebliğ olunan veya bütün unsurlarıyla ilgililer tarafından öğrenilen idârî işlemler üzerine, 2577 sayılı İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu'nda açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabûlü gereken genel dâvâ açma sürelerinin işletilmesi zorunludur...usûlüne uygun tebliğ olunan idârî işlem üzerine 2577 sayılı Yasa'da açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabûlü gereken genel dâvâ açma süresi olan 60 günlük dâvâ açma süresi geçirildikten sonra açılan bu dâvânın süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmamaktadır...”<sup>110</sup>.*

Bu içtihadın isâbetli olduğunu düşünüyoruz. Zîra Anayasa maddeleri (hükümleri) arasında astlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasanın 40/2. maddesiyle 125. maddesi aynı ayna uygulanması gereken hükümlerdir. 40/2. madde hükmünün gereğinin yapılmaması, dâvâ açma süresinin tebliğden itibâren başlayacağı kuralını ihtivâ eden 125.madde hükmü gereğince genel dâvâ açma süresi işlemeye başlayacaktır.

## **C. Özel Dâvâ Açma Süresi Belirtilmemişse Genel Dâvâ Açma Süresi İşlemeye Başlar Yönündeki İçtihat**

Kânunlarda, genel dâvâ açma süresi dışında, özel dâvâ açma süreleri öngörülmesi durumlarında, idâre başvuru süresini ve merciini bildirmemişse, özel dâvâ açma süresi değil, genel dâvâ açma süresi geçerli olur. Dâvânın süresinde açılıp açılmadığı genel dâvâ açma süresine göre belirlenir.

*“...İdârî işlemlerin nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dâvâ açma süreleri dışında ayrı dâvâ açma sürelerinin öngörülmüş olması hâlinde, idâre tarafından idârî işlemlerin nitelikleri ve tâbi oldukları dâvâ açma süreleri gösterilmedikçe özel dâvâ açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığından, Anayasa'nın 40. maddesi hükmü uyarınca, özel dâvâ*

<sup>110</sup> Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2017/2905, K.2019/857, T.04.03.2019.



*açma süresine tâbi olmasına rağmen, bu husûsun idârî işlemde açıklanmaması hâlinde, dâvâ konusu idârî işlemin tebliği târihinden itibaren, özel dâvâ açma süresinin değil, 60 günlük genel dâvâ açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır...<sup>111</sup>.*

#### **D. Özel Dâvâ Açma Süresine Tâbi İşlemlerde Genel Dâvâ Açma Süresi Belirtilmişse Genel Dâvâ Açma Süresi Geçerli Olur Yönündeki İçtihat**

Kânunlarda, genel dâvâ açma süresi dışında, özel dâvâ açma süreleri öngörülmesi durumlarında, idâre başvuru süresini bildirirken özel dâvâ açma süresini değil de, genel dâvâ açma süresini bildirerek ilgiliyi yanıltmışsa, artık genel dâvâ açma süresi geçerli olur.

*“...Özel yasasında yer alan düzenleme gereği tebliğ târihinden itibaren 30 gün içinde dâvâ açılması gereken dâvâ konusu işlemlerin içeriğinde, Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun olarak kânun yoluna başvurma süresinin doğru gösterilmemiş ve dâvâcının yanıltılmış olması nedeniyle para cezâsının tebliğ târihinden itibaren üst yazıda belirtilen genel dâvâ açma süresi olan altmış gün içinde bakılmakta olan dâvânın açıldığı anlaşılacakla, dâvânın süresinde olduğunun kabûlü gerektiği sonucuna varılarak dâvânın süreaşımı nedeniyle reddi yolundaki ısrar karârında hukûka ve usûle uygunluk bulunmamıştır...<sup>112</sup>.*

#### **E. Zımnî Ret İşlemlerinde Açma Süresine İlişkin İçtihat**

İdârî Yargılama Usûlü Kânûnu'nun 10. maddesine göre ilgilinin, hakkında bir işlem yapılması için idâreye başvurması halinde, başvurudan itibaren otuz gün içinde cevap verilmemişse zımnî ret işlemi gerçekleşmiş olur. Yine kânûnun 11. maddesine göre, bir işlemin kaldırılması ya değiştirilmesi için yapılan idârî başvuru, dâvâ açma süresini durdurur. Başvurudan itibaren otuz gün içinde cevap verilmez ise zımnî ret oluşur ve zımnî retten itibaren dâvâ açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar.

Zımnî ret işleminde doğal olarak başvuru süresi belirtilememektedir. Bu durumda dâvâ açma süresi nasıl hesaplanacaktır sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda da iki farklı içtihat oluşmuştur.

<sup>111</sup> Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2017/2905, K.2019/857, T.04.03.2019. Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2012/1402, K.2014/2629, T.11.06.2014; Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2020/2208, K.2020/1974, T.26.10.2020; Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2020/351, K.2020/725, T.16.03.2020; Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2018/4334, K.2018/5459, T.10.12.2018; Danıştay Onuncu Dâiresi, E.2016/15899, K.2017/2799, T.31.05.2017; Danıştay Altıncı Dâiresi, E.2019/7187, K.2019/4409, T.16.05.2019; Danıştay Dördüncü Dâiresi, E.2015/3092, K.2018/717, T.16.02.2018; Danıştay Üçüncü Dâiresi, E.2016/14480, K.2017/4567, T.01.06.2017.

<sup>112</sup> Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2016/2620, K.2014/4054, T.17.11.2014.

a) *Zımnî ret durumunda dâvâ açma süresi işler yönündeki içtihat*: Bu içtihadta konu olan olayda; idârî para cezasının ödenmesi yönündeki işleme ilgili îtiraz etmiş, idâre ise îtiraza cevap vermeyerek zımnî ret oluşmuştur. Zımnî rette başvuru süresi ve merciinin belirtilmesi de söz konusu değildir. Bu durum karşısında yargı yeri, kişi idâreye başvuru târihinde işlemden haberdar olduğuna göre, en azından zımnî ret işleminin oluşmasından îtibâren genel dâvâ açma süresi içinde dâvâ açılmalıdır karârı vermiştir<sup>113</sup>.

b) *Zımnî ret durumunda dâvâ açma süresi işlemez yönündeki içtihat*: Karâra konu olan olayda, tahakkuk ettirilen vergi ve cezâlarına karşı ilgili îtiraz etmiş, idâre otuz gün içinde cevap vermeyerek zımnî ret oluşmuş. Zımnî retten îtibâren otuz gün içinde açılmadığından dâvâ süreden reddedilmiştir. Bu durumda, zımnî ret işleminde başvuru süresi ve mercii belirtilmediği gerekçesiyle dâvânın süreden reddedilemeyeceği yönünde içtihat oluşturulmuştur.

“...İtiraz üzerine idârî makamın sükûtu hâlinde izlenecek yol ve süreler gösterilmediği gibi, dâvâ yoluna başvurulması için "idârî makamlarca verilecek ret karârı" üzerine denilmek suretiyle, kesin cevabın beklenilmesi gerektiği belirtilerek dâvâcının eylemsiz bırakıldığı ve bu ifâdenin Anayasanın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idârî makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurduğu ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'ıncı maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu...”<sup>114</sup>.

## F. Danıştay İçtihatları Birleştirme Karârı

Yukarıda görüldüğü üzere, idârenin işlemde dâvâ açma süresini bildirmemesi hâlinde dâvâ açma süresinin işleyip işlemeyeceği, özel dâvâ açma süresinin mi yoksa genel dâvâ açma süresinin mi işlemeye başlayacağı konusunda Danıştay dâireleri arasında içtihat farklılıkları meydana gelmiştir. Bu farklılıkların giderilmesi için 2022 târihli içtihatları birleştirme karârı verilmiştir<sup>115</sup>. Bu kararda iki konu ele alınmıştır.

(a) **Zımnî retle ilgili içtihatlar**: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, öncelikle

<sup>113</sup> Danıştay İdârî Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2019/857, K.2019/6576, T.16.12.2019; Danıştay Sekizinci Dâiresi, E.2018/725, K.2018/1605, T.21.03.2018

<sup>114</sup> Danıştay Vergi Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2018/1049, K.2018/940, T.14.11.2018. Aynı yönde bkz. Danıştay Vergi Dâvâ Dâireleri Kurulu, E.2019/183, K.2019/816, T.23.10.2019; Danıştay Onuncu Dâiresi, E.2018/3979, K.2020/3931, T.19.10.2020.

<sup>115</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E.2021/2, K.2022/1, T.15.03.2022.

İçtihat farklılığının ne olduğu ve şartları üzerinde durmuştur. İçtihatları birleştirmeyi gerektirecek içtihat farklılığının bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme şu şekilde gerçekleştirilmiştir.

-İçtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi için öncelikle isteme konu kararlar arasında aykırılık ya da uyuşmazlık bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

-Maddî olay veya hukukî dayanağı aynı veya benzer dâvâlarda farklı kararlar verilmesi hâlinde içtihat aykırılığından söz edilebilir.

-Farklı kararların varlığı tek başına içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi için yeterli olmayıp, söz konusu aykırılığın hukukî istikrarı zedeleyecek nitelikte ve sürekliliğe sâhip olması gerekir.

-İçtihatların birleştirilmesinden beklenen amaç, bir normun uygulanması konusunda kararlar arasında süregelen aykırılık ve uyuşmazlıkları gidermek, normun yeknesak biçimde yorumlanmasını, kararlarda istikrar ve içtihat birliğinin sağlanmasıdır.

Bu inceleme neticesinde şu karar verilmiştir: “...Danıştay dâvâ dâire ve kurullarınca verilen kararlar incelendiğinde, zimmî ret işlemleri üzerine açılan dâvâlarda Anayasa'nın 40.maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden hareketle dâvâ açma sürelerinin işletilmediği kararların sınırlı sayıda olduğu, evvelden beri dâvâ açma süresinin işletilmesi yönünde değerlendirme yapıldığı, konuya ilişkin farklı yönlerde kararlar verildiği görülmekle birlikte bu durumun süregelen bir içtihat farklılığına yol açmadığı anlaşılmaktadır... Kararlar arasında süregelen bir aykırılık bulunmadığı, dolayısıyla 2575 sayılı Kânûn'un 39. Maddesinde aranan lüzum unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varılarak içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına oy çokluğu ile karar verildi”.

**(b) Dâvâ açma süresine ilişkin içtihatlar:** Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu öncelikle yazılı bildirilen işlemlerde, başvuru süresi belirtilmemişse dâvâ süresinin işleyip işlemeyeceği, işleyecekse genel dâvâ açma süresi mi yoksa özel dâvâ açma süresi mi işleyeceği konusunda içtihat farklılığının olduğu tespitini yapmaktadır. Bu içtihat farklılıklarının hukukî belirsizliklere yol açtığı, bunun giderilmesinin de mahkemeye erişim hakkı, idârî istikrar ve hukûkî güvenlik ilkeleri bakımından önem arzettiği vurgulanmaktadır.

İdârî işlemde dâvâ açma süresi belirtilmemişse, dâvâ açma süresinin nasıl işletileceği konusunda şu karar verilmiştir:

“...Anayasa'nın 40.maddesi hükmü uyarınca, özel dâvâ açma süresine tabi olmasına

*rağmen bu hususun işlemde ya da yazılı bildirimde açıklanmaması halinde, dâvâ konusu işlemin tebliğ tarihinden itibaren özel dâvâ açma süresinin değil, genel dâvâ açma süresinin uygulanması gerektiği yorumunun, hukûkî güvenlik ve idârî istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas dengeyi sağlayan bir özellik taşıdığı; ilgililere aşırı bir külfet yüklediği, vergi mahkemelerinde 30 gün, Danıştay'da ve idâre mahkemelerinde 60 gün olan genel dâvâ açma süresinin ilgilinin dâvâ açmak için gerekli araştırma ve hazırlıklarını yapmasına, gerekiyorsa hukûkî ve teknik yardım almasına yetecek düzeyde olduğu; açık, anlaşılabilir ve ulaşılabilir olan genel dâvâ açma sürelerinin mahkemeye erişimi zorlaştıran ya da engelleyen kısa süreler olarak nitelendirilemeyeceği, özel dâvâ açma süresi yerine genel dâvâ açma süresinin uygulanması sayesinde ilgilinin, işlemde başvuru yolu ve süresinin gösterilmemesinden dolayı uğradığı mağduriyetin, mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek seviyeye ulaşmadan önleneceği değerlendirilmiştir.*

*“Açıklanan nedenlerle idârî işlemlerde dâvâ açma süresinin belirtilmediği hallerde özel ve dâvâ açma süresinin işletilmesi veya işletilmemesi konusunda Danıştay dâvâ dâireleri ile kurullarının kararları arasında varolan içtihat aykırılığının, içtihatların birleştirilmesi yoluyla bağlayıcı bir çözüme kavuşturulması ve içtihadın, ‘özel dâvâ açma süresine tabi bir idârî işlemde, dâvâ açma süresinin gösterilmemiş olması durumunda, vergi mahkemelerinde 30, Danıştay ve idâre mahkemelerinde 60 günlük genel dâvâ açma süresinin uygulanması gerektiği; aynı şekilde genel dâvâ açma süresine tabi bir idârî işlemde dâvâ açma süresi gösterilmemiş olsa da 30 ve 60 günlük genel dâvâ açma süresinin uygulanması gerektiği’ yönünde birleştirilmesi sonucuna ulaşılmıştır...”*

## SONUÇ

Buraya kadarki açıklamalar ve içtihatlardan yola çıkarak ulaşılan sonuçları ana hatlarıyla şu şekilde ifade edebiliriz.

(1) Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin en başta gelen unsuru, dâvâ hakkı yani mahkemeye erişim hakkıdır. Dâvâ açma hakkının belli bir süreye tâbi tutulması, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması niteliğindedir. Anayasanın 13. maddesi gereğince bu sınırlamanın kânunla yapılması bir zorunluluktur. Bu yüzden idârî yargılama usûlünde dâvâ açma süreleri kânunla düzenlenmiştir.

(2) Anayasanın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde, bu hürriyet için herhangi bir özel sınırlama sebebi belirtilmemektedir. Öte yandan Anayasanın 13. maddesinde hürriyetlerin “Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak”

sınırlandırılabilceği hükmü yer almaktadır. Bu durumda hak arama hürriyeti sınırlandırılmayacak mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Oysa dâvâ açma süresi öngörülmesi, hak arama hürriyetine getirilen önemli bir sınırlamadır. Anayasa Mahkemesi bu konuda “*hakkın doğasından kaynaklanan sınırlama*” formülünü kullanmaktadır. Bu nedenle hak arama hürriyeti, doğası gereği sınırsız bir hürriyet değildir. İdârî istikrarın sağlanması, kamu hizmetlerini yürütmekle görevli olan idârenin, sürekli dâvâ tehdidi altında tutulmasının önüne geçilmesi gibi nedenler, hak arama hürriyetinin dâvâ açma süresiyle sınırlandırılması işin mahiyeti gereğidir.

(3) Dâvâ açma süresinin ne olacağı konusunda yasama organının takdir yetkisi bulunmaktadır. Anayasanın 125. maddesinde idârenin işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğu belirtilmekle beraber, dâvânın hangi süre içinde açılması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan Anayasanın 142. maddesinde yargılama usûllerinin kânunla belirleneceği belirtilmektedir. Dâvâ açma süresini belirleyen kurallar da yargılama usûlüne ilişkin olduğundan, dâvâ açma süresinin ne olacağının belirlenmesi konusunda yasama organının takdir yetkisi bulunmaktadır. Genel dâvâ açma süreleri yanında, bazı dâvâlar için daha kısa özel dâvâ açma süreleri öngörülmesi, demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu meşrû bir amaca dayanması, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında mâkul bir dengenin bulunması şartıyla Anayasaya uygun olacaktır.

(4) İdârî yargılama usûlünde dâvâ açma süresi “hak düşürücü süre” niteliğindedir. Bu nedenle dâvâ açma süresinin geçip geçmediği dâvânın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi mahkemede re’sen dikkate alacaktır.

(5) Dâvâ açma süresinin başlangıcı konusunda Anayasanın 125. maddesinde “*yazılı bildirim târihi*” esas alınacağı belirtilmektedir. İdari Yargılama Usûlü Kânûnu’nun 8.maddesinde ise “*süreler, tebliğ, yayın veya îlân tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar*” hükmü ile daha da açık şekilde ifade edilmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirilerek dâvâ açma süresi, birel (bireysel) işlemlerde yazılı bildirim izleyen günden; düzenleyici işlemlerde ise kural olarak yayınlanma târihini izleyen günden itibaren işlemeye başladığının kabulü gerekir.

Bildirim ya da yayının dâvâ açma süresinin işlemlerini başlatabilmesi için; bildirim tam olması, yetkili merci tarafından yapılması, yeterli açıklıkta olması, dâvâ açma süresinin ve merciinin belirtilmesi gerekir. Özellikle özel dâvâ açma süresinin işlemeye başlayabilmesi, bunun ilgiliye açıkça bildirilmesi gerekir. Kendilerine işlemin tebliğ edilme zorunluluğu

bulunmayan kişiler bakımından dâvâ açma süresi işlemin öğrenilmesi tarihinden itibaren işlemeye başlar.

(6) Anayasanın 40/2. maddesi hükmü gereğince, idârî işleme karşı dâvâ açma süresi ve merciinin gösterilmesi gerekmektedir. İdâre bu gerekliliği yerine getirmemiş ise dâvâ açma süresinin işlemesi bakımından, içtihatlardan yola çıkarak şu hususları ifade edebiliriz:

-Genel dâvâ açma süresine tâbi işlemlerde, dâvâ açma süresi belirtilmemiş ise Anayasanın 125. maddesi gereğince işlemin tebliğini izleyen günden itibaren genel dâvâ açma süresi işlemeye başlar.

-Özel dâvâ açma süresine tâbi işlemlerde, dâvâ açma süresi açıkça belirtilmemiş ise, özel dâvâ açma süresi değil genel dâvâ açma süresi tatbik edilir.

-Özel dâvâ açma süresine tâbi bir işlemde, genel dâvâ açma süresi belirtilerek ilgili yanıtlanmışsa, artık genel dâvâ açma süresi uygulanır.

## KAYNAKÇA

- Akbulut E, “İdari İşlemlerde Kânun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *TBB Dergisi*, 81, 2009, s.1-21.
- Akıllıoğlu T, “Karar Notu”, *AİD*, 20(4), s. 194.
- Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, *İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2018.
- Ayanoğlu T, *Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dâvâ Açma Süresinin Başlangıcı*, Onikilevha Yayınevi, 2017.
- Çağlayan R, *İdârî Yargılama Hukûku*, 13.Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Çırakman E, “İdari Dâvâlarda Süre”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I*, Danıştay Yayınları, 1976.
- Doğan M, *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, Vadi Yayınları, 2001.
- Duran L, “İdari Kazâda Dâvâ Açma Müddeti-İdari Müruru Müddet”, *İÜHFM*, 11(1-2), 1944, s.238-263.
- Eroğlu Durkal M, *İdari Makamların Sükutu*, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük A Ş, *Yönetmelik Yargı*, 13.Baskı, Turhan Kitapevi, 1999.
- Gözübüyük A Ş /Tan T, *İdare Hukuku C.2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitapevi, 1999.
- Gündüz F E, “Mücbir Sebebin İdari Dâvâ Açma Süresine Etkisi”, *AHBVÜHFD*, 23(2), 2019, s.237-266.
- Kaplan G, *İdari Yargıda Dâvâ Açma Süreleri*, Turhan Kitapevi, 2001.
- Kaya C, “İdari Yargılama Usulü Kânunu’nun 10. Maddesi Uyarınca İdareye Yapılan Her Yeni Müracaatın Dâvâ Açma Süresini Canlandırması”, *İÜHFM*, 68(1-2), 2010, s. 61-76.
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler (Süreler)*, Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları V.III*, İsmail Akgün Hak Kitabevi, 1966.
- Öngören G, *Türk Hukukunda İdari Dâvâ Açma Süreleri*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.,1990.





# TÜRK CEZA KANUNUNUN 85. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BAĞLANTILI SORUNLAR

Neslihan GÖKTÜRK\*

## ÖZET

*Taksirle öldürme suçunu düzenleyen TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına göre "Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Maddenin ikinci fıkrasında ise, taksirle işlenen aynı fiile bağlı olarak birden fazla kişinin ölümüne ya da en az bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde, failin iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmektedir. Taksirle işlenen bir fiille bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi durumunda, bir muhakeme şartı olan şikayet bakımından sorun ortaya çıkmaktadır. Zira taksirle öldürme suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç iken; taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması kural olarak şikayete bağlıdır. Taksirle yaralama suçunun şikayete tabi olan şekli bakımından suçtan zarar gören kişinin şikayetçi olmaması halinde, bunun TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası bakımından etkisinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin meydana gelen bir trafik kazasında bir kişinin ölmesi ve iki kişinin yaralanması, fakat yaralanan kişilerin şikayetçi olmaması halinde TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası mı, yoksa ikinci fıkrası mı uygulanacaktır? Bu husus, sadece şikayet değil, örneğin uzlaştırma gibi diğer muhakeme şartları; ayrıca madde bakımından yetkili (görevli) mahkemenin tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Maddenin uygulamasında ortaya çıkan söz konusu sorunlar, esasında düzenlemenin hukuki niteliğiyle ilişkilidir. Makalenin konusu, Yargıtay kararları ışığında ve doktrindeki tartışmalar çerçevesinde TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının hukuki niteliğinin ortaya konması ve buna bağlı sorunların çözüme kavuşturulmasıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** Taksirle öldürme, taksirle yaralama, şikayet, uzlaştırma, görev.

## LEGAL NATURE OF THE SECOND PARAGRAPH OF ARTICLE 85 OF THE TURKISH PENAL CODE

### ABSTRACT

*According to the first paragraph of Article 85 of the Turkish Penal Code, which regulates the crime of negligent homicide, "Any person who causes the death of a person by negligent conduct shall be sentenced to imprisonment from two years to six years." In the second paragraph of the article, if more than one person is killed due to the same act committed negligently, or if one or more people are injured with the death of at least one person, the perpetrator is sentenced to imprisonment from two years to fifteen years. In the event that an act committed negligently causes injury to one or more people together with the death of a person, a problem arises in terms of the complaint, which is a requirement for criminal*

---

\* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı ANKARA, e-posta: neslihangokturk@gmail.com

ORCID: 0000-0003-4937-4452

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1192538

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21/10/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 31/10/2022

*procedure. Because while the crime of killing by negligence is a crime that is investigated and prosecuted ex officio; as a rule, the investigation and prosecution of the crime of negligent injury shall be subject to a complaint. In terms of the crime of negligent injury, which is subject to the complaint, if the person who has been affected by the crime does not complain, the question arises as to what the effect of this will be in terms of the second paragraph of Article 85 of the TPC. For example, if one person dies in a traffic accident and two people are injured, but the injured people do not complain, will the first or second paragraph of Article 85 of the TPC be applied? This is important not just for complaint but other requirements of criminal procedure such as reconciliation, and also for the determination of the court that has jurisdiction razione materiae. The aforementioned problems that arise in the application of the article are essentially related to the legal nature of the regulation. The subject of the article is to reveal the legal nature of the second paragraph of Article 85 of the TPC and to solve the related problems in light of the Supreme Court decisions and within the framework of the discussions in the doctrine.*

**Key Words:** *Negligent homicide, negligent injury, complaint, reconciliation, jurisdiction razione materiae.*

## GİRİŞ

Taksirle öldürme suçunu düzenleyen TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına göre “Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Maddenin ikinci fıkrasında ise, taksirle işlenen aynı fiile bağlı olarak birden fazla kişinin ölümüne ya da en az bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde, failin iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmektedir. Taksirle işlenen bir fiile bağlı olarak ölüm ve yaralama neticelerinin birlikte ortaya çıkması mümkündür. Örneğin meydana gelen bir trafik kazasında taksiri bulunan sürücü, bir veya birden fazla kişinin ölümüne yahut en az bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verebilir.

TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, birden çok neticeye tek bir fiille sebebiyet verilmiş olmalıdır. Farklı zamanlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışla birden fazla ölüm ve/veya yaralamaya sebebiyet verilmesi halinde bu hüküm uygulanmaz. Bu durumda, fail hakkında taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçlarından dolayı gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle ayrı ceza verilecektir<sup>1</sup>.

Taksirle işlenen bir fiille bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi durumunda, bir muhakeme şartı olan şikayet bağlamında değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira taksirle öldürme suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç iken; taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması kural

---

<sup>1</sup> Yargıtay 12. CD, 28.2.2013, E. 2012/9087, K. 2013/4838.

olarak şikayete bağlıdır. TCK'nın 89. maddesinin beşinci fıkrasına göre “*Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giden yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet aranmaz.*” Buna göre taksirle yaralama suçu bilinçsiz taksirle işlenmişse ya da bilinçli taksirle işlenmekle beraber yaralama TCK'nın 89. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalmakta ise, soruşturma ve kovuşturma yapılması yaralanan kişinin şikayetine bağlıdır. Taksirle yaralama suçunun şikayete tabi olan şekli bakımından mağdurun şikayetçi olmaması halinde, bunun TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası bakımından etkisinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin meydana gelen bir trafik kazasında bir kişinin ölmesi ve iki kişinin yaralanması, fakat yaralanan kişilerin şikayetçi olmaması halinde TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası mı, yoksa ikinci fıkrası mı uygulanacaktır? Bu husus, sadece şikayet değil, yine bir muhakeme şartı olan uzlaştırma; ayrıca madde bakımından yetkili (görevli) mahkemenin tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Maddenin uygulamasında ortaya çıkan söz konusu sorunlar, esasında düzenlemenin hukuki niteliğiyle ilişkilidir. Makalenin konusu, Yargıtay kararları ışığında ve doktrindeki tartışmalar çerçevesinde TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının hukuki niteliğinin ortaya konması ve buna bağlı sorunların çözüme kavuşturulmasıdır.

## I. TCK’NIN 85. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Nitelikli Unsur Mudur?

Ceza kanunlarının düzenlediği suç tiplerine ilişkin hükümler incelendiğinde, önce suçun temel (basit) şeklinin tanımlandığı; ardından aynı maddede -hatta aynı fıkrada- veya bir sonraki maddede genellikle cezada artırım ya da indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hallerin düzenlendiği görülmektedir. Suçun temel şekli, haksızlığın suç teşkil etmesi için bulunması gereken asgari unsurları düzenlemektedir (Grundtatbestand)<sup>2</sup>. Fakat suçun işlendiği yer, suçun işlendiği zaman, suçun konusu, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suçun işleniş şekli, fail ya da mağdurun vasfı, fail ile mağdur arasındaki ilişki gibi nedenler haksızlığın yoğunluğu üzerinde etkili olması sebebiyle suçun temel şekline ilişkin cezanın artırılmasını ya

<sup>2</sup> Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, § 8 kn. 60; Reinhart Maurach / Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, § 20 IV kn. 43; Johannes Wessels / Werner Beulke / Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013, § 4 kn. 108; Gropp Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 2005, § 3 kn. 45a; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 8 kn. 6; Volker Krey / Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2011, § 8 kn. 233-235.

da indirilmesini gerektirebilir<sup>3</sup>. Bunlar, suçun temel şekline ait unsurlarda bir değişiklik söz konusu olmaksızın eklenen unsurlar olup (Qualifizierung / Privilegierung); sadece suçun karşılığında öngörülen ceza yaptırımını üzerinde etkilidirler<sup>4</sup>. Haksızlığın hukuki vasfı ve suçla korunan hukuki değer aynı kalmaya devam ederken; suçun ifade ettiği haksızlık, yoğunluk itibarıyla değişkenlik gösterir. Bu itibarla, nitelikli unsurun gerçekleşmemesi, suçun temel şeklinin oluşmasına engel teşkil etmez.

TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının, taksirle öldürme suçunu tanımlayan birinci fıkranın hemen ardından aynı madde içinde düzenlenmesi ve cezanın birinci fıkradan bağımsız olarak "iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası" olarak belirlenmesi -cezanın üst sınırının yüksekliği de göz önüne alındığında- taksirle öldürme suçunun nitelikli hali (nitelikli unsur) olduğu izlenimini vermektedir. Madde gerekçesindeki açıklama da bunu güçlendirmektedir<sup>5</sup>. Fakat TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme, taksirle öldürme suçunun cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hali değildir<sup>6</sup>.

Nitelikli unsurlar, görünüşte içtimain bir türü olan *bileşik suç dışında* münhasıran suç oluşturmaz. Esasen bunlar, suç teşkil eden haksızlığın varlığı bakımından vazgeçilmez olan fiil unsuru ile ilintili olmaları sebebiyle *-örneğin fiilin işlendiği yer, zaman, fiilin işlenmesinde kullanılan araç gibi-* genellikle bir hareket de teşkil etmezler. Şayet bağımsız başka bir suç oluşturan hareket, nitelikli unsur olarak eklenmiş ise *bileşik suçtan* söz edilir<sup>7</sup>. Bağımsız başka bir suç oluşturan bu hareketin, genellikle suçun temel şeklinde yer alan fiilin işlenişine ilişkin

<sup>3</sup> Hans Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, § 26 III 2; Baumann / Weber / Mitsch, AT § 8 kn. 60; Wessels / Beulke / Satzger, AT § 4 kn. 108; Gropp, AT § 3 kn. 45b.

<sup>4</sup> Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, Abs. 6 kn. 95-97; Jescheck / Weigend, AT § 26 III 1-2; Maurach / Zipf, AT/1 § 20 IV kn. 43; Kindhäuser, AT § 8 kn. 6-7.

<sup>5</sup> Madde gerekçesi şöyledir: "*Maddenin ikinci fıkrasına göre; fiilin, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla insanın ölümüyle birlikte, bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hali, birinci fıkraya göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren neden oluşturmaktadır.*"

<sup>6</sup> Aksi görüş için bkz. Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 227-228, Yazarlar benzer şekilde taksirle yaralama suçu bakımından TCK'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemeyi de taksirle yaralama suçunun nitelikli hali olarak değerlendirmektedir (bkz. s. 300); Seydi Kaymaz / Hasan Tahsin Gökcan, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 156-159; Ali Kemal Yıldız, "Taksirle Öldürme", *Erciyes ÜHFD, Doğan Soyaslan Armağanı*, 8, 2013/2, s. 272-273, 277, Yazar TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasını "*nitelikli haller*" başlığı altında incelemekte, fakat aynı zamanda bunun özel bir içtima düzenlemesi olduğunu belirtmektedir.; Ahmet Hulusi Akkaş, "TCK'nın 85'inci Maddesinin İkinci Fıkrası İle İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 78, 82, Yazar "*TCK'nın 85'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen durumların ortaya çıkması, failin birinci fıkraya nazaran daha fazla ceza ile cezalandırılmasına yol açan nitelikli hallerdir.*" ifadesini kullanmakta ve sonuç kısmında düzenlemeyi açıkça "*nitelikli hal*" olarak kabul etmekle beraber aynı zamanda özel bir içtima düzenlemesi olduğunu belirterek çelişkiye düşmektedir (s. 78-79).

<sup>7</sup> Jakobs, AT Abs. 6 kn. 97.

olduğu söylenebilir. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlendiği sırada cebir veya tehdit kullanılması halinde; cebir veya tehdit, hürriyetten yoksun kılma fiilinin işlenişine ilişkindir (TCK m. 109/2).

Bileşik suç tanımında yer alan hareketler, norm karşısında ortak bir hukuki değerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle hukuki anlamda tek bir fiilin (tipik fiil tekliği) bulunduğu kabul edilir. Bileşik suçta, suçların çokluğu görünüştedir; gerçekte tek bir suç oluşmaktadır ve fail bu suçtan sorumlu tutularak cezalandırılır. Şayet bileşik suç niteliği taşıyan bir suç tanımı yoksa, her bir hareket bağımsız bir suça sebebiyet verdiği için gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle fail her bir suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulur<sup>8</sup>.

TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ise, bir bileşik suç değildir<sup>9</sup>. Zira ölüm ve yaralama neticelerine sebebiyet veren tek bir fiil bulunmaktadır; bu fiilin doğal anlamda tek bir hareketten oluşması da mümkündür. Ayrıca, bileşik suçta hukuki anlamda fiil tekliği bağlamında değerlendirilen birden fazla hareketin mağduru aynı kişidir ve tek bir suçun oluştuğundan söz edilir. TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemede ise, ölüm ve yaralama neticelerinin farklı mağdurlar üzerinde gerçekleşmesi zorunlu olup; birden fazla kişiye ait hukuki menfaatin ihlaline bağlı olarak birden fazla suç oluşmaktadır. Başka bir deyişle ölen ve yaralanan kişi sayısı kadar taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçu oluşmaktadır. Buradaki suç çokluğu görünüşte değildir; yani suçlar arasında görünüşte içtima ilişkisinin bulunduğu ve gerçekte tek bir suçun oluştuğundan, bu bağlamda bileşik suçun varlığından söz edilemez. Şayet TCK'da bu düzenlemeye yer verilme idi, gerçek içtima

<sup>8</sup> Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 131-133.

<sup>9</sup> Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 241-242, Yazarlar TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasında aynı nev'iden fikri içtima ve farklı nev'iden fikri içtima hallerinin özel olarak düzenlendiğini belirttikten sonra burada **“adeta kendine özgü bir bileşik suç durumu”**nun söz konusu olduğunu belirtmektedirler.

**Yargıtay CGK, 5.4.2011, E. 2010/9-254, K. 2011/31**, Karara konu olan olayda Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2.6.2009 gün ve 146-167 sayılı direnme kararının gerekçesine katılmıyoruz. Direnme kararında TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme **“bileşik suç”** kabul edilerek sonuca varılmıştır: **“Hal böyle olunca, taksirle ölüme sebebiyet ve taksirle yaralanmaya sebebiyet suçlarından oluşan bileşik suç niteliğindeki 5237 sayılı TCK'nun 85/2. maddesinde yazılı suç muhakeme konusu olduğunda taksirle yaralama suçunun mağduru ya da mağdurlarının şikayetten vazgeçmeleri, bileşik suçun yapısı gereği suç vasfının değişmesine ve dolayısıyla 5237 sayılı TCK'nun 85/2. maddesinin yerine 5237 sayılı TCK'nun 85/1. maddesinin uygulanmasına sebep teşkil etmeyecektir.”** Yargıtay CGK kararında, çözülmesi gereken hukuki mesele **“sanığın taksirle bir kişinin ölümüne ve iki kişinin de basit tıbbi bir müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasına neden olduğu somut olayda, mağdurların sanıktan şikayetçi olmaması durumunda, sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nun 85. maddesinin 1. fıkrası ile mi, yoksa 2. fıkrası ile mi uygulama yapılacağıının belirlenmesi”** şeklinde tespit edilmiştir.

Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesi, olayda TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasını uygularken, bu düzenlemenin **“bileşik suç”** olduğu gerekçesinden hareketle bir sonuca varmıştır. Yargıtay CGK ise, yerel mahkemenin direnme gerekçesi bağlamında suçların içtimaı konusunda herhangi bir tartışma yapmaksızın taksirle yaralama suçlarından şikayet bulunmadığı gerekçesi ile yerel mahkemenin aksine TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

kuralı değil<sup>10</sup>; fiil tekliği ve suç çokluğunun varlığına binaen duruma göre aynı ya da farklı nev’iden fikri içtima ilişkin genel hükümler (TCK m. 43/2 veya m. 44) uygulanacak idi<sup>11</sup>.

Suç işleyen kişi sayısı, (kasten işlenen suçlar bakımından) fiilin icrasını kolaylaştırma ve netice suçları bakımından neticenin gerçekleşmesini güvence altına alması sebebiyle nitelikli unsur olarak düzenlenebilir ise de; aynı ve tek fiille işlenen birden fazla suçtaki mağdur sayısının bir nitelikli unsur oluşturabilmesi mümkün değildir. Çünkü mağdur sayısının birden fazla olması halinde *-her bir mağdura ait ayrı bir suç konusunun bulunması kaydıyla-* hukuki menfaati ihlal edilen kişi sayısınca suç oluşmaktadır. Oysa ki, gerek suçun temel şekli gerekse nitelikli şeklinin mağduru *aynı kişidir*. TCK’nın 85. maddesinin ikinci fıkrasında ise, yaralanan kişi, birinci fıkrada düzenlenen taksirle öldürme suçunun mağduru olmayıp; TCK’nın 89. maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçunun mağdurudur.

Diğer taraftan, aynı fiile bağlı olarak birden fazla ölüm neticesinin gerçekleştiği bir durumda, bir suçun kendi kendisinin nitelikli unsurunu oluşturabilmesi mümkün değildir. Bileşik suçta nitelikli unsuru oluşturan suç, başka bir suç olmalıdır. Fakat başka bir suç olan taksirle yaralama, taksirle öldürme suçunun nitelikli unsuru değildir. Zira, bileşik suçta, hukuki anlamda fiil tekliği bağlamında değerlendirilen birden fazla hareket bulunduğu göz önüne alındığında, taksirle yaralamaya sebebiyet veren bağımsız bir hareket bulunmamaktadır.

## B. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suç Mudur?

Doktrinde bir görüş, TCK’nın 85. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeyi taksirle öldürme suçunun *neticesi sebebiyle ağırlaşan hali*; TCK’nın 89. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyi taksirle yaralama suçunun *neticesi sebebiyle ağırlaşan hali* olarak nitelendirmektedir<sup>12</sup>. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, daha ağır veya başka netice

<sup>10</sup> Yukarıda belirtildiği üzere, bileşik suç niteliği taşıyan bir suç tanımı yoksa her bir hareket bağımsız bir suçta sebebiyet verdiği için gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle fail her bir suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulur.

<sup>11</sup> Nitekim Alman Ceza Kanununda taksirle öldürme suçunun düzenlendiği hükümde (StGB § 222), TCK’nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının karşılığı bulunmamaktadır. Tek bir taksirli davranışla birden fazla kişinin ölümüne ya da bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde, fikri içtima (StGB § 52) kapsamında değerlendirme yapılmaktadır ( Ralf Eschelbach, *BeckOK-StGB*, v. Heintschel-Heinegg, 54. Edition, C.H. Beck, München, 2022, kn. 41).

<sup>12</sup> Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 218, kn. 361, Yazarlar “*Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar*” başlığı altında “*TCK’da genellikle netice yüzünden ağırlaşan suçlarda temel suç tipinin kasten işlenmiş olması zorunluluğu aranmaktadır. Bunun iki istisnasını, temel suç tipinin taksirli de olabileceğini öngören taksirle öldürme ve yaralama suçu oluşturmaktadır. Nitekim TCK m. 85/2’de taksirle öldürme; TCK m. 89/2-4’te taksirle yaralama suçunda netice yüzünden cezanın artırılmasını gerektiren durumlara yer verilmiştir.*” açıklaması yapmaktadırlar. Buna göre, Yazarlar söz konusu düzenlemeleri neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından *taksir - taksir kombinasyonu* çerçevesinde değerlendirmektedirler. Fakat Yazarların aynı zamanda “*Mağdur*”

yine *aynı mağdur* üzerinde gerçekleşmektedir (örneğin TCK m. 87, m. 95/4, m. 97/2, m. 99/4, m. 102/5, m. 103/6)<sup>13</sup>. TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren hallerde ise, yaralama neticesi başka bir mağdur üzerinde gerçekleşmektedir. Mağdurun farklı bir kişi olması halinde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan söz edilemez. Ayrıca, taksirle işlenen bir fiile bağlı olarak iki kişinin öldüğü bir durumda; farklı mağdurlar üzerinde gerçekleşen aynı netice, neticesi sebebiyle ağırlaşan hal olamaz. En az bir ölüm neticesinin gerçekleşmesinin arandığı göz önüne alındığında, yaralamanın ölüm neticesi bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşan hal oluşturduğu mantıken izah edilemez.

### C. Bağımsız Bir Suç Tipi Midir?

Aynı maddede birden fazla bağımsız suç tipinin düzenlenmesi mümkündür. Fakat TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasında bağımsız bir ceza öngörülmesi, bunun bağımsız bir suç tipi olduğu anlamına gelmez. Taksirle işlenen bir fiile bağlı olarak iki kişinin öldüğü bir durumda, taksirle öldürme suçu TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasında suç olarak tanımlanmışken, farklı mağdurlara karşı işlenen taksirle öldürmenin bağımsız bir suç olduğu söylenemez. Çünkü birinci fıkrada düzenlenen suç tipinin unsurları ile karşılaştırıldığında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Tek fark mağdur sayısı olmakla beraber, bu mağdurlara karşı işlenen suçlar birinci fıkrada düzenlenen taksirle öldürmedir. Birden fazla aynı suçun, *unsurlarda bir farklılık söz konusu olmaksızın* bağımsız bir suç tipi olduğu söylenemez. Benzer şekilde, taksirle öldürme ve taksirle yaralama farklı maddelerde birbirinden bağımsız olarak tanımlanan suç tipleridir ve tek fiille bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde ölen ve yaralanan kişi sayısı kadar suç oluşmaktadır. Farklı suç tiplerinin bağımsız bir suç tipi (*bileşik suç*) olarak tanımlanması mümkün olsa da; yukarıda belirtildiği üzere farklı suç tiplerine ait fiil unsurunun gerçekleşmesi gerekmektedir ve mağdur aynı kişidir. Örneğin cebir veya tehdit ile hırsızlık suçunun unsurları, yağma suçu olarak tanımlanmıştır. Cebir veya tehdit ile alma hareketlerinin gerçekleşmesi gerekmektedir ve mağdur aynı kişidir. Burada ise, fiil "*tek ve aynı fiil*" olduğu gibi; zorunlu olarak birden fazla mağdur vardır. Tek fiille farklı kişilere karşı birden fazla suçun işlenmesi, bağımsız bir suç tipi olarak değil; ancak suçların içtimai kapsamında ele alınabilir.

başlığı altında "*Mağdurların çokluğu bazen suçun nitelikli hali sayılmıştır; örneğin (TCK m. 85/2, 89/4)*" (s. 200, kn. 320) açıklamasına yer vermeleri çelişkilidir. Zira aynı hususun, hem neticesi sebebiyle ağırlaşan hal hem de nitelikli unsur olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

<sup>13</sup> Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 25.

#### D. Suçların İçtimama İlişkin Özel Bir Düzenleme Midir?

TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme, özel bir içtima hükmü olarak kabul edilmelidir<sup>14</sup>. Söz konusu düzenleme, hem aynı nev'iden hem de farklı nev'iden fikri içtimaa ilişkin genel hükümler (TCK m. 43/2, m. 44) karşısında özel bir içtima hükmüdür. Zira burada dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden tek bir fiil bulunmakta ve birden fazla aynı ya da farklı nitelikteki suç (taksirle öldürme / taksirle yaralama) aynı anda farklı kişilere karşı işlenmektedir. Nitekim Alman Ceza Kanununda taksirle öldürme (StGB § 222<sup>15</sup>) ve taksirle yaralama suçunu (StGB § 229<sup>16</sup>) düzenleyen hükümlerde özel bir içtima düzenlemesine yer verilmemiştir; yani TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının ve 89. maddesinin dördüncü fıkrasının karşılığı yoktur. Tek bir taksirli davranışla birden fazla kişinin ölümüne ya da bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde, fikri içtima (StGB § 52) kapsamında değerlendirme yapılmaktadır<sup>17</sup>.

TCK'da 85. maddenin ikinci fıkrasına yer verilme idi, duruma göre aynı nev'iden fikri içtima ve/veya farklı nev'iden fikri içtimaa ilişkin genel hükümler (TCK m. 43/2 ve/veya m. 44) uygulanacak idi. Aynı nev'iden fikri içtimaa düzenleyen TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrası, cezanın belirlenmesi bakımından atıf yapılan birinci fıkrada öngörülen artırım oranı (dörtte birden dörtte üçe kadar) itibarıyla gerçekleşen haksızlığı karşılamada yetersiz kalabilir. Yine farklı nev'iden fikri içtimaa düzenleyen TCK'nın 44. maddesi, failin sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu tutulmasını öngörmektedir. Kanunda 85. maddenin ikinci fıkrasına yer verilmesinin sebebi, 43. maddenin ikinci fıkrası ve 44. maddenin taksirle işlenen fiile bağlı olarak ölen ve yaralanan kişi (mağdur) sayısına göre haksızlığı karşılamada yetersiz kalmasıdır.

Kusur ilkesi (Schuldprinzip) ve haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesi

<sup>14</sup> Bu yöndeki görüş için bkz. M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 219-220; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem, Çakmut *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 119; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 194 "Gerçekten ortada tek bir fiil vardır ve bu fiil kanunun aynı hükmünü birden fazla ihlal edebileceği gibi (birden fazla kişinin ölümü), kanunun değişik hükümlerini de ihlal edebilir (yaralama)."; Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 241; Olgun Değirmenci, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 172; Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 346; Ertuğrul Ünal, *Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 205.

<sup>15</sup> Alman StGB § 222 "Taksirle bir insanın ölümüne sebebiyet veren kimse, beş yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır."

<sup>16</sup> Alman StGB § 229 "Taksirle bir insanın yaralanmasına sebebiyet veren kimse, üç yıla kadar hapis cezasıyla veya para cezasıyla cezalandırılır."

<sup>17</sup> Eschelbach, *BeckOK-StGB*, kn. 41.



(Ausschöpfungsgebot), cezanın belirlenmesinde dikkate alınan temel ilkelerdir. Kusur ilkesi, belirlenen cezanın failin kusuru ile orantılı olması; haksızlık muhtevasının tüketilmesi ise, belirlenen cezanın suçun haksızlık muhtevasını bütünü ile karşılaması düşüncesine dayanır<sup>18</sup>. Fikri içtimanın en önemli fonksiyonu, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasının tümüyle tüketilmesidir<sup>19</sup>. Fikri içtimada, failin, fiilin sebebiyet verdiği bütün suç tiplerinden ayrı ayrı cezalandırılması, belirlenen toplam cezanın fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasını aşması sonucunu ortaya çıkarır. Diğer taraftan, faile sadece tek ceza verilmekle beraber sadece en ağır cezanın verilmesi ile yetinilmesi, fakat ihlal edilen diğer suç tipleri karşılığında öngörülen cezaların dikkate alınmaması; bir başka ifadeyle her ne kadar tek ceza verilecekse de cezanın belirlenmesinde ihlallerin çokluğunun dikkate alınmaması yine haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesinin ihlali niteliğini taşır<sup>20</sup>. Özellikle zarar şeklinde ortaya çıkan birden fazla netice, haksızlık muhtevası üzerinde etkili olup; bu hususun ceza belirlenirken dikkate alınması gerekir. Haksızlık teşkil eden fiilin sebebiyet verdiği zarar veya tehlikenin ağırlığı haksızlığın yoğunluğu, haksızlığın yoğunluğu kusurun yoğunluğu, kusurun yoğunluğu ise cezanın belirlenmesinde dikkate alınır<sup>21</sup>. Buna göre taksirle işlenen fiile bağlı olarak ölen ve yaralanan kişi (mağdur) sayısına göre aynı nev’iden fikri içtima ve/veya farklı nev’iden fikri içtimaa ilişkin genel hükümler, haksızlık muhtevasının tüketilmesi ve kusur ilkeleri karşısında cezanın belirlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, TCK’nın 85. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasındaki makasın geniş olmasının *cezanın belirliliği ilkesi* ile uyumlu olmadığı görüşüne<sup>22</sup> katılmıyoruz. Tam aksine örneğin otobüs, tren, uçak kazası gibi onlarca kişinin ölümü ve yaralanmasıyla sonuçlanan olaylar bakımından makasın geniş tutulması haksızlık muhtevasının tüketilmesi ve kusur ilkelerinin bir gereğidir. Hakim, somut olayda haksızlığın ve kusurun yoğunluğunu dikkate almak suretiyle cezayı belirlemelidir.

TCK’nın 85. maddesinin ikinci fıkrası münhasıran *cezanın belirlenmesine* ilişkin bir düzenlemedir<sup>23</sup>; birinci fıkrada düzenlenen taksirle öldürme ve 89. maddede düzenlenen

<sup>18</sup> Bernd v. Heintschel-Heinegg, *MüKo-StGB*, Band 2, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, Vor § 52 kn. 17.

<sup>19</sup> Axel Montenbruck, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Dunckner & Humblot, Berlin, 1983, s. 138.

<sup>20</sup> Ingeborg Puppe, *NK-StGB*, Band. 1, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2005, Vor § 52 kn. 7.

<sup>21</sup> Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Dunckner & Humblot, Berlin, 1973, s. 213 vd.

<sup>22</sup> Özbek / Doğan / Bacaksız, *Özel Hükümler*, s. 195 “... söz konusu fiillere ilişkin yaptırımların alt ve üst sınırlar arasındaki farkın oldukça yüksek olması cezaların belirli olması (kanunilik) ilkesi bakımından sakınca ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Yine bu düzenlemenin hakimim alt ve üst sınırlar arasında ceza belirlerken keyfi hareket etmesine elverişli olduğuna dikkat çekilmelidir.”

<sup>23</sup> Cezanın belirlenmesi, içtima öğretisinin ortaya çıkış nedenidir. İçtima öğretisinin özünü içtimanın koşullarının gerçekleşmesi durumunda cezanın nasıl belirlenmesi gerektiği sorununa yönelik çözüm arayışları oluşturur. İçtima öğretisi, bu yönüyle yaptırım teorisi alanına girmektedir. Nitekim Alman Ceza Kanununda suçların

taksirle yaralamadan bağımsız bir haksızlık (suç) tanımlaması yapılmamaktadır. Gerçekleşen taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları bağımsızlıklarını muhafaza etmektedir.

TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası bakımından *bir taksirli suçun* mevcut olduğu söylenemez<sup>24</sup>. Fikri içtima, birden fazla suç bulunmasına rağmen fiil tekliğine binaen faile tek ceza verilmesi esasına dayalıdır. Tek ve aynı fiille ihlal edilen aynı veya farklı suç tiplerinin hepsinden dolayı failin ayrı ayrı cezalandırılması, söz konusu fiilin, cezanın belirlenmesinde bütün suç tipleri bakımından birden fazla defa değerlendirilmesi suretiyle **çifte (mükerrer) değerlendirme yasağı**nın (Doppelverwertungsverbot / Mehrfachverwertungsverbot) ihlali anlamını taşır<sup>25</sup>. Nitekim TCK sisteminde de fikri içtima halinde suç çokluğuna rağmen faile tek ceza verilmesi öngörülmektedir (TCK m. 43/2, m. 44). Fakat TCK'nın 44. maddesinin gerekçesinde bunun nedeni "*ne bis in idem*" ilkesi olarak gösterilmiştir<sup>26</sup>. Aynı hususun cezanın belirlenmesinde birden fazla defa dikkate alınmaması esasına dayalı olan çifte değerlendirme yasağı, ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan aynı kişinin aynı fiilden dolayı ikinci bir kez yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağı ilkesi (ne bis in idem) ile benzerlik arz eder. Bununla birlikte, çifte değerlendirme yasağı ve "*ne bis in idem*" farklı amaçlara hizmet eden ilkelerdir. "*Ne bis in idem*" ilkesinin amacı, aynı kişi hakkında ceza muhakemesinin konusunu oluşturan "fiil"den dolayı yeniden yargılama yapılmasını önlemek suretiyle kişi bakımından güvence oluşturmaktır. Bu bakımdan "*ne bis in idem*" ilkesi ceza

---

içtimayı genel hükümler kısmının "suçun hukuki sonuçları" başlığını taşıyan 3. kısımda düzenlenmektedir. 3. kısmın 1. bölümünde cezalar, 2. bölümünde cezanın belirlenmesi, 3. bölümünde ise birden fazla suç tipinin ihlali halinde cezanın belirlenmesi başlığı altında suçların içtimai ve bu kapsamda fikri içtima düzenlenmiştir. Buna göre, suçların içtimaiye ilişkin düzenlemeler esas itibarı ile cezanın belirlenmesini, dolayısıyla yaptırım teorisini ilgilendirmektedir. İçtima öğretisinin suçun yapısına ilişkin unsurlarla bir ilişkisi bulunmadığı gibi; bir davranışın ceza hukuku anlamında fiil niteliği taşıyıp taşımadığına yönelik bir inceleme de söz konusu değildir. Fikri içtima da, sadece tek bir fiille birden fazla aynı veya farklı nitelikte suç tipinin ihlali halinde faile verilecek cezanın nasıl tespit edileceği sorunu ile ilgilidir (Kristian Kühl, "das leidige Thema der Konkurrenzen", *JA*, 1978, s. 477).

<sup>24</sup> Aksi görüş için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 277, dn. 342.

<sup>25</sup> Ingeborg Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, Duncker & Humblot, 1979, s. 123-124; Puppe, NK-StGB Vor § 52 kn. 7; Montenbruck, s. 140 vd.; Karl Heinz Gössel, "Besprechung zur Idealkonkurrenz", *GA*, 1981, s. 135; Kindhäuser, Urs, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, NJW 1984, 1568", *JuS*, 1985/2, s. 104.

<sup>26</sup> TCK'nın 44. madde gerekçesi şöyledir: "*Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabilir; ancak ne bis in idem kuralı gereğince bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir. Gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması durumunda, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır.*"

**Yargıtay** da kimi kararlarında farklı nev'iden fikri içtimayı "*ne bis in idem*" ilkesi ile gerekçelendirmektedir.

**Yargıtay CGK, 6.7.2010, E. 2010/8-51, K. 2010/162** "Yasa koyucu, işlediği bir fiille birden fazla farklı suç işleyen failin, fiilindeki teklik nedeniyle en ağır ceza ile cezalandırılmasını yeterli görmüş, bu şekilde "*ne bis in idem*" kuralı gereğince bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının da önüne geçilmesini amaçlamış, "erime sistemi"ni benimsemek suretiyle, bu suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ile yetinilmesini tercih etmiştir."

muhakemesinde bir muhakeme koşulu (muhakeme engeli) olma özelliğine sahiptir<sup>27</sup>. Çifte değerlendirme yasağı ise, cezanın belirlenmesinde suçun karşılığı olarak yasada öngörülen soyut ceza ile faile verilecek somut ceza arasındaki ilişkiye temas eder ve kusur ilkesi gereği - aynı yargılamada- aynı hususun cezanın belirlenmesinde birden fazla defa dikkate alınmasını önleme amacını taşır; bu bakımdan yaptırım teorisinin konusudur. Bu itibarla, fikri içtimain suç teorisinde “ne bis in idem” ilkesi ile açıklanması doğru bir yaklaşım değil ise de; ceza muhakemesi hukuku alanında “ne bis in idem” ilkesiyle doğrudan ilişkili sonuçları olduğu söylenmelidir.

Fikri içtima ilişkisi içinde bulunan suçlar bakımından aynı anda birden fazla dava açılmaması “ne bis in idem” ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir<sup>28</sup>. Burada, birden fazla aynı ya da farklı nitelikte suç bulunmasına rağmen fiil tek olduğu ve faile tek bir ceza verilmesi öngörüldüğü için ceza muhakemesi hukuku anlamında tek bir fiil (muhakemenin konusunu oluşturan tek bir uyuşmazlık) vardır. İçtima öğretisi anlamında tek fiilin, ceza muhakemesinde birden fazla fiil oluşturması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, içtima öğretisi anlamında tek bir fiilin bulunduğu, bu bağlamda fikri içtimain söz konusu olduğu hallerde ceza muhakemesi anlamında tek fiilin bulunduğuna şüphe yoktur<sup>29</sup>. Yargılamanın konusunu fiil oluşturduğu için, fikri içtima ilişkisi içinde bulunan suçlardan dolayı fail hakkında birden fazla dava açılmaz<sup>30</sup>. Dolayısıyla, *istisnai bir düzenleme ile gerçek içtima kuralının uygulanması öngörülmedikçe* (örneğin TCK m. 43/3, m. 106/3) fiil bölünmek suretiyle fail hakkında birden fazla hüküm kurulması mümkün değildir. Örneğin taksirle işlenen fiille bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi ve yaralanan kişilerin şikayetçi olması üzerine TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılması; fakat yargılama devam ederken yararlanan kişilerin şikayetlerini geri alması halinde 85. maddenin birinci fıkrasına göre mahkumiyet kararı verilirken şikayetin geri alınması sebebiyle düşme kararı verilmesi söz konusu değildir. Böyle bir durumda sanık hakkında sadece 85. maddenin birinci fıkrasına göre mahkumiyet kararı

<sup>27</sup> Ulrike Dithmar, *Der Grundsatz “ne bis in idem” und das fortgesetzte Delikt*, Berlin, 1993, s. 21 vd.

<sup>28</sup> Paul Birckel, *Die Identität der Tat im Strafrecht*, Freiburg i.Br., Univ., Diss., 1906, s. 20.

<sup>29</sup> Christian Schöneborn, “Zum Problem der materiellrechtlichen und prozessualen Tateinheit durch Verklammerung”, *NJW*, 1974/17, s. 734; Joachim Bohnert, “Tatmehrheit, Verfahrensmehrheit und nachträgliche Gesamtstrafenbildung”, *GA*, 1994, s. 99; Wolfgang Mitsch, “Gesetzeseinheit im Strafrecht”, *JuS*, 1993/6, s. 472-473; Tonio Walter, “Zur Lehre von den Konkurrenzen: Die Bedeutung der Konkurrenzen und wie man sie prüft”, *JA*, 2004/2, s. 135; Volker Erb, “Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen”, *ZStW*, 2005/117, s. 86; Tuba Keleş Pekmez, *Ceza Muhakemesinde Fiil*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 214 vd.

<sup>30</sup> Erb, *ZStW* 2005/117, s. 86.

verilmesi gerekir<sup>31</sup>.

Aynı husus, soruşturma evresi için de geçerlidir. Örneğin bir trafik kazasında bir kişinin ölmesi ve iki kişinin yaralanması, yaralanan kişilerin şikayetten vazgeçmesi halinde, taksirle yaralama suçlarından ayrı ayrı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip; taksirle öldürme suçundan (TCK m. 85/1) iddianame düzenlenmesi yoluna gidilmemelidir. Böyle bir durumda, taksirle öldürme suçundan (TCK m. 85/1) iddianame düzenlenmeli ve iddianamede yaralanan kişilerin şikayetten vazgeçtikleri belirtilmelidir<sup>32</sup>.

## II. TCK'NIN 85. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASIYLA BAĞLANTILI SORUNLAR

### A. Şikayet

Muhakeme şartları suçun unsurlarına dahil olmamakla beraber, fikri içtima ilişkisinden söz edebilmek için ilgili suç tipi bakımından aranan hallerde muhakeme şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. Bu şartların gerçekleşmediği suçlar, fikri içtima ilişkisinde dikkate alınmaz. Tek fiille işlenen iki suçtan biri re'sen, diğeri şikayet üzerine takip ediliyorsa şikayet şartı gerçekleşmeyen suç fikri içtima ilişkisinde dikkate alınmaz; bu durumda, fail daha az cezayı gerektirse bile sadece re'sen takip edilen suçtan dolayı cezalandırılır. Soruşturması ve kovuşturması şikayete tabi suçun, daha ağır veya daha az cezayı gerektiren suç olması arasında herhangi bir fark yoktur<sup>33</sup>.

Taksirle yaralama suçü bakımından aranan şikayet koşulu gerçekleşmediği takdirde, bu suç taksirle öldürme suçü ile fikri içtima ilişkisi içinde bulunamaz. Dolayısıyla TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz; fail, sadece taksirle öldürme suçundan (TCK m. 85/1) dolayı sorumludur<sup>34</sup>. Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Yargıtay 12. CD, 22.11.2011, 2011/3388-5637.

Ceza yargılamasının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta suçların içtimanın söz konusu olduğu hallerde, bunun, hüküm fıkrasında muhakkak surette belirtilmesi gerekir. Hakim, yargılamanın konusunu oluşturan olayda kaç tane fiil bulunduğunu, bunların hangi suç tipine sebebiyet verdiğini, varsa suçların içtimanın türünü belirlemek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır (Walter, JA 2004/2, s. 133-134). Fiil tek ve aynı olduğu için, birden fazla suç tipi gerçekleşse dahi (kanunun gerçek içtima kuralının uygulanmasını öngördüğü istisnai haller dışında) tek bir ceza verilecektir. Buna bağlı olarak ortada tek bir dava vardır ve tek bir hüküm verilmesi gerekmektedir. Hükümde, TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında oluşan suçların her biri ayrı ayrı gösterilmeli; taksirle yaralama suçü bakımından yaralanan kişinin şikayetini geri aldığı belirtilmek suretiyle TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca değil, birinci fıkrası uyarınca mahkumiyet kararı verildiği açıklanmalıdır. Muhakeme şartı gerçekleşmeyen suç bakımından düşme kararı verilmemelidir.

<sup>32</sup> Özgenç, s. 277, dn. 342.

<sup>33</sup> Friedrich Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hansischer Gildenverlag, Hamburg, 1961, s. 328-329; Mahmut Koca, "Fikri İçtima", *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2007/4, s. 218.

<sup>34</sup> Şikayet koşulunu arayan görüş için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 228, Yazarlar benzer şekilde taksirle yaralama suçunda TCK'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrası bakımından şikayetçi olmayan mağdurların dikkate alınmayacağı, örneğin yaralanan iki kişiden biri şikayetçi değilse bu nitelikli halin uygulanmayacağı

Fakat bu görüş ve Yargıtay'ın uygulaması doktrinde eleştirilmektedir<sup>36</sup>. Kanun koyucu, taksirli davranışın bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi halini, cezasını da öngörmek suretiyle özel olarak düzenlemiş ve yaralama bakımından şikayet koşuluna yer vermemiştir. Şayet TCK'nın 85. maddesinde ikinci fıkra düzenlemesine yer verilmemiş olsaydı, içtima kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmesi bakımından şikayete tabi olan suçlarda şikayet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak gerekir idi. Fakat TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki mevcut düzenleme karşısında kanun koyucunun öngörmediği bir koşul eklenmek suretiyle bu koşulun gerçekleşmediği durumda faili TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırmak doğru olmayacaktır. Taksirli davranışın bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde, yaralama bakımından şikayet koşulu aranmaksızın doğrudan TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmalıdır<sup>37</sup>.

görüştünderler (bkz. 300-301); Kaymaz / Gökcan, s. 158-159.

<sup>35</sup> Yargıtay CGK, 5.4.2011, E. 2010/9-254, K. 2011/31; Yargıtay 9. CD, 9.3.2009, E. 2007/8049, K. 2009/2728; Yargıtay 12. CD, 10.6.2013, E. 2013/13710, K. 2013/15767.

<sup>36</sup> Yıldız, s. 272-273; Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 241-242; Akkaş, s. 79-80.

<sup>37</sup> Yıldız, s. 272-273; Akkaş, s. 79-80; Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 241-242, Yazarlara göre "85. maddesinin 2. fıkrasında **adeta kendine özgü bir bileşik suç durumu** söz konusu olup,  bunların yeniden bağımsız suç maddelerine göre değerlendirilmesi yoluna gidilmesi mümkün değildir. Ayrıca, 85. maddenin 2. fıkrasındaki yaralamalardan dolayı şikayet şartı aranırsa,  aynı fiili işleyen kişiler arasında verilecek ceza bakımından farklılık oluşacağı gibi, kişilerin daha az veya daha fazla cezalandırılması mağdurun tercihinin bırakılmış olur. Bu itibarla 85. maddenin 2. fıkrasındaki yaralamalar mutlaka bir veya birkaç ölüm neticesini meydana getirmiş aynı taksirli fiilin sonucu olup, bu fiilin haksızlık içeriğini artırmaktadır. Kanun koyucu 85. maddenin 2. fıkrasını şikayete tabi tutmadığına göre, buradaki yaralanma neticeleri bakımından şikayetin aranması hem kanun koyucunun iradesine ve hem de suç teorisinin prensiplerine aykırıdır." Yazarlar TCK'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrası bakımından da benzer yönde bir değerlendirme yapmaktadırlar. Yazarlara göre bu düzenleme her ne kadar özel bir içtima hükmü olarak kanunda yer almakta ise de aynı zamanda bir *haksızlık tipi* olarak da tanımlanmıştır. Bu nedenle, yaralanan kişi şikayetçi olmasa dahi re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılmalıdır (s. 320).

Bu görüşün, TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyi hem fikri içtima ilişkisi özel bir düzenleme hem de bağımsız bir haksızlık tanımı "**adeta kendine özgü bir bileşik suç**" olarak nitelendirmesi kendi içinde çelişki arz etmektedir. Zira fikri içtimanın özünü fiil tekliği ve suç çokluğu oluşturur. Bağımsız bir haksızlık tanımı yapıldığı ve oluşan suçların artık bağımsız suç maddelerine göre değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kabulü, suç çokluğunun reddi; yani ortada tek bir suçun bulunduğu anlamına gelir. Nitekim "adeta kendine özgü bir bileşik suç" nitelemesi de bunu teyit etmektedir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin bir taraftan suç çokluğu esasına dayanan fikri içtima olarak nitelendirilirken diğer taraftan bağımsız bir haksızlık olarak değerlendirilmesi çelişkilidir. Genel hükümler dışında fikri içtima ilişkisi özel bir düzenleme bulunması, bağımsız bir haksızlık tanımı yapıldığı anlamına gelmez; her bir suç bağımsızlığını korur. 5237 sayılı TCK'daki fikri içtima ilişkisi özel düzenlemeler (m. 277/2, m. 297/1) ve (gerçek içtima kuralına dönen) fikri içtimanın istisnaları incelendiğinde (örneğin m. 106/3) bunların hepsinin ceza yaptırımının belirlenmesine ilişkin olduğu görülür. Gerçekleşen suçlar bağımsızlıklarını korudukları için tipiklik değerlendirmesi de suçu düzenleyen hükümler karşısında yapılır. Bağımsız bir haksızlık tanımı yapıldığı ve oluşan suçların artık bağımsız suç maddelerine göre değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüş kabul edildiğinde, 85. maddenin ikinci fıkrası kapsamında gerçekleşen ölüm ve yaralama neticeleri bakımından tipiklik değerlendirmesi hangi hüküm karşısında yapılacaktır? Gerçekleşen ölüm ve yaralama neticeleri bakımından tipiklik değerlendirilmesinin, 85. maddenin ikinci fıkrasına göre yapılması mümkün olmayıp; ölüm neticesi bakımından birinci fıkra, yaralama neticesi bakımından 89. maddeye göre yapılması zorunluluk olarak karşımıza

Yukarıda belirtildiği üzere, TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ne bağımsız bir suç tipidir ne de bileşik suçtur. Fikri içtima ilişkisi özel bir düzenleme olduğu kabul edildiğinde, taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları bağımsızlıklarını korumakta olup; sadece ceza yaptırımını özel olarak belirlenmiştir. Ceza yaptırımının TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrası ve 44. maddesi karşısında özel olarak belirlenmiş olması, bağımsızlıklarını muhafaza eden suçlar bakımından muhakeme şartını bertaraf edici bir etkiyi haiz değildir<sup>38</sup>. Kaldı ki, taksirle öldürme suçunun re'sen takip edilen bir suç olduğu göz önüne alındığında ikinci fıkra düzenlemesinde şikayet koşulunun aranması da mümkün değildir. Şayet ikinci fıkrada "*Taksirle yaralama bakımından şikayet koşulu aranmaz.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş olsa idi, taksirli davranışın bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde yaralama bakımından şikayet koşulu aranmaksızın doğrudan TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası uygulanabilir idi.

## B. Uzlaştırma

Esas itibarıyla soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar uzlaştırma

çıkılmaktadır. Neticenin, haksızlığın yoğunluğu üzerindeki etkisi nazara alındığında, gerçekleşen yaralamanın 89. madde karşısında nitelenmesinin yapılması zorunludur. Yaralamanın ağırlığı, haksızlığın yoğunluğu üzerinde etkilidir. Böyle bir nitelendirme yapılmaksızın, doğrudan 85. maddenin ikinci fıkrasının tatbiki mümkün değildir.

Ayrıca, "*şikayet şartı aranırsa, aynı fiili işleyen kişiler arasında verilecek ceza bakımından farklılık oluşacağı gibi, kişilerin daha az veya daha fazla cezalandırılması mağdurun tercihine bırakılmış olur.*" şeklindeki gerekçe de kabul edilebilir değildir. Zira şikayet koşulunun öngörülme amacı zaten mağdurun iradesine önem verilmesidir. Yaralanan kişinin şikayetin bulunmadığı bir durumda yaralama neticesinin, haksızlığın yoğunluğu üzerindeki etkisi itibarıyla dikkate alınmasının da bir anlamı yoktur. Aynı fiile bağlı olarak ölüm ve başka yaralama neticelerinin gerçekleşmiş olması önemli değildir. Örneğin yolda yaya olarak yürüyen M'ye önce A'nın araçla çarpması ve M'nin sağ kolundan 89. maddenin birinci fıkrası kapsamında yaralanması, beş dakika sonra B'nin araçla çarpması ve M'nin bu kez sol kolundan yine aynı şekilde yaralanması halinde, A ve B'nin gerçekleştirmiş olduğu fiiller arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu olayda, M; A'nın gerçekleştirdiği taksirle yaralama suçundan dolayı şikayetçi olurken, B'nin gerçekleştirdiği taksirle yaralama suçundan dolayı şikayet hakkını hiç kullanmayabilir ya da daha sonra şikayetini geri alabilir. Böyle bir durumda, A ve B'nin fiili arasında nitelik ve ağırlık bakımından bir farklılık bulunmamasına rağmen, muhakeme şartına bağlı dolaylı bir sonuç olarak cezalandırılıp cezalandırılmamaları mağdurun tercihine bırakılmış olmaktadır. Söz konusu görüş kabul edildiğinde, varılan bu sonucun izahı da mümkün olmamaktadır.

TCK'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrası bakımından yapılan değerlendirme de çelişkilidir. Çünkü 85. maddenin ikinci fıkrasında bağımsız bir haksızlık tanımı yapıldığı ve şikayet koşulunun aranmadığı belirtilirken, 89. maddenin dördüncü fıkrası bakımından şikayet koşulunun aranmadığı söylenemez. Şikayet koşulunu öngören 89. maddenin beşinci fıkrası hem sistematik açıdan düzenlendiği yer hem de lafzi itibarıyla yorumlandığında dördüncü fıkrayı da kapsadığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kanun koyucu dördüncü fıkrayı şikayet koşulundan istisna tutmak istese idi, beşinci fıkranın ikinci cümlesinde olduğu gibi bunu açıkça düzenler idi. Dolayısıyla, kanun koyucunun iradesinin bunu şikayete tabi tutmamak yönünde olduğu söylenemez. Kaldı ki böyle bir düzenleme, hem şikayet koşulunun öngörülme nedenine hem de fikri içtima halinde suçların bağımsızlıklarını koruma esasına aykırı olur idi. Bu itibarla "*şikayetin aranması hem kanun koyucunun iradesine ve hem de suç teorisinin prensiplerine aykırıdır.*" şeklindeki görüş isabetli değildir.

<sup>38</sup> Aksi görüş için bkz. Akkaş, s. 79, Yazar taksirle işlenen bir fiile bağlı olarak en az bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanması halinde nasıl bir uygulama yapılması gerektiğini kanun koyucunun özel olarak düzenlediğini; bu nedenle fikri içtima ilişkisinin kurulabilmesi için muhakeme şartı aranan suçlarda bu şartın gerçekleşmesi gerektiği kuralının TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası bakımından geçerli olmadığını ileri sürmektedir.

kapsamında olsa da (CMK m. 253/1-a), şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın TCK'nın 89. maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçu da uzlaştırma kapsamında sayılmıştır (CMK m. 253/1-b). Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından taksirle yaralama suçunun bilinçli ya da bilinçsiz taksirle işlenmesinin, şikayete bağlı olup olmasının ya da hangi fıkra kapsamında yaralamanın gerçekleştiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Fakat şikayet ve uzlaştırma iki ayrı muhakeme şartıdır. Taksirle yaralama suçunun şikayete tabi olan şekli bakımından soruşturma evresinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için önce şikayet koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir.

Temel sorun, TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren hallerde taksirle yaralama suçu bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu sorunun çözümü, failin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önemlidir. Örneğin taksirle işlenen bir fiile bağlı olarak bir kişinin ölmesi ve bir kişinin yaralanması, yaralanan kişi bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanması ve uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde fail TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına göre sorumlu tutulacaktır. Fakat uygulamada fail TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasına uyarınca cezalandırılmaktadır<sup>39</sup>.

Sorunun çözümünde önem taşıyan hususlardan biri, CMK'nın 253. maddesinin yedinci fıkrasının kapsamıdır. Düzenlemeye göre, “*Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.*” Aynı düzenleme, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin “Genel Hükümler” başlığını taşıyan 7. maddesinin üçüncü fıkrasında da yer almaktadır. Fakat Yönetmeliğin 7. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye göre “*Birden fazla suç olmasına rağmen kanunda tek ceza öngörülen hallerde her suç için ayrı ayrı uzlaştırma yapılır.*”

Fikri içtima halinde, tek fiil birden fazla suça sebebiyet vermektedir. Fikri içtima, özünde fiil tekliği ve suç çokluğu esasına dayanmaktadır. Fakat cezanın belirlenmesinde dikkate alınan *haksızlık muhtevasının tüketilmesi* ve *kusur ilkesi* gereği faile tek bir ceza verilmesi öngörülmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere 43. maddenin ikinci fıkrası ve 44. maddenin bu açıdan yetersiz kalması sebebiyle 85. maddenin ikinci fıkrası ve 89. maddenin dördüncü fıkrası ihdas edilmiştir. Tek ceza öngörülmesi, *bir suç* bulunduğu anlamına

<sup>39</sup> Uygulamada, TCK'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren hallerde ise, her bir mağdur bakımından ayrı ayrı uzlaştırmaya ilişkin hükümler uygulanmaktadır. TCK'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamına giren hallerde uzlaştırmaya ilişkin hüküm uygulanırken, 85. maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren taksirle yaralamalarda uygulanmaması çelişkili bir durum arz etmektedir.

gelmemekte; suç çokluğunu ortadan kaldırmamaktadır. CMK'nın 253. maddesinin yedinci fıkrası ise, lafzında geçen “bir suç” ifadesi göz önüne alındığında esas itibarıyla tek fiil ve tek suçun bulunduğu, özellikle suçun konusuyla bağlantılı olarak birden fazla mağdurun bulunduğu hallerde uygulanabilecektir. Örneğin uzlaştırmaya tabi olan hırsızlık suçunun temel (basit) şeklinin (TCK m. 141) paydaş ya da elbirliğiyle malik olunan mal üzerinde işlenmesi halinde, tek fiil ve tek suç vardır; fakat birden fazla mağdur bulunmaktadır. İşte böyle bir durumda hırsızlık suçunda uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun konusu üzerinde paydaş ya da elbirliğiyle malik olan herkesin uzlaşmayı kabul etmesi gerekmektedir. Benzer şekilde, konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 116) uzlaştırma kapsamındadır (CMK m. 253/1-b). Aynı konutu birden fazla kişinin paylaştığı durumda, her ne kadar birden fazla mağdur var ise de; suçun konusunun tek olması nedeniyle ortada tek bir konut dokunulmazlığını ihlal suçu bulunmaktadır. Belirtilmesi gerekir ki, bu örneklerde suçun konusunun tek ve aynı olmasına binaen ortada tek bir suç bulunduğu için, TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrası (aynı nev'iden fikri içtima) kapsamına giren bir durum söz konusu değildir. Mağdur sayısının çokluğu, her zaman suç çokluğu anlamına gelmez.

Yönetmeliğin 7. maddesinin dördüncü fıkrası dikkate alındığında, taksirle işlenen bir fiile bağlı olarak birden fazla kişinin yaralanması halinde tek fiil ve birden fazla suç vardır; ancak faile mağdur sayısınca değil, tek ceza verilmesi öngörülmektedir (TCK m. 89/4). Dolayısıyla uzlaştırmaya ilişkin hükümlerin her bir mağdur bakımından ayrı ayrı uygulanması gerekmektedir<sup>40</sup>. Bu durum, esasen uzlaştırmanın bir muhakeme şartı olmasının sonucudur. Örneğin taksirle işlenen bir fiile bağlı olarak iki kişinin yaralanması, yaralananlardan biriyle uzlaşmanın gerçekleşmesi; yaralanan diğer kişi bakımından uzlaştırmanın olumsuz sonuçlanması halinde fail TCK'nın 89. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca değil, tek bir taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.

Taksirle işlenen bir fiille en az bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde ise, uygulamada uzlaştırma hükümleri uygulanmamaktadır. Bunun temel nedeni ise, taksirle öldürme suçunun şikayete bağlı

<sup>40</sup> Yargıtay 12. CD, 17.2.2021, E. 2020/8590, K. 2021/1702; Yargıtay 12.CD, 6.1.2020, E. 2019/4622, K. 2020/97 “Her ne kadar CMK'nın 253/7. maddesinde “Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.” hükmü yer almakta ise de; bu hükmün işlenen suçun tek ve o suçtan mağdur olanların birden fazla olması durumunda uygulama alanı bulacağına, taksirle yaralama suçu bakımından ise, birden fazla mağdur bulunmasına rağmen fiilin esasen birden fazla suçta sebebiyet verdiği için, TCK'nın 89/4. maddesinde yer alan özel düzenleme gereği sanığa tek ceza verildiğinin, bu nedenle şikayet hakkında olduğu gibi, her bir mağdur açısından ayrı ayrı uzlaştırma yoluna gidilebileceğinin kabulü gerekmektedir.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD, 11.3.2020, E. 2019/5588, K. 2020/2684; Yargıtay 12. CD, 19.2.2020, E. 2019/4853, K. 2020/1713.



olmayıp re'sen soruşturulması ve kovuşturulması; ayrıca CMK'nın 253. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde taksirle öldürme suçunun sayılmamış olmasıdır. Bu husus, ölüm neticesinin gerçekleşmesine bağlı olarak mantıki bir zorunluluktur.

Şikayet gibi uzlaştırma da bir muhakeme şartıdır. Uzlaştırmaya tabi suçlarda, uzlaşmanın gerçekleşmesi soruşturma veya kovuşturmayı sona erdirmektedir. Uzlaştırma bakımından muhakeme şartı olan husus, tıpkı önödemedede olduğu gibi uzlaştırma usulünün uygulanmamış olmasıdır. Nitekim CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde uzlaştırma usulünün uygulanmamış olması iddianamenin iadesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, uzlaştırmaya tabi suçlarda soruşturma evresinde uzlaştırma girişimi başarısız olmadıkça iddianame kabul edilmemekte ve kovuşturma evresine geçilememektedir. Böylece, uzlaştırma usulünün uygulanmamış olması bir kovuşturma şartı (engeli) olarak kabul edilmektedir. Yine, kovuşturma evresinde suçun uzlaştırmaya tabi olduğunun anlaşılması halinde, dosya uzlaştırma usulünün uygulanması için uzlaştırma bürosuna gönderilmekte ve uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde yargılamaya son verilerek düşme kararı verilmektedir (CMK m. 254).

CMK'nın 253. maddesinin üçüncü fıkrasında *“Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması halinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hüküm, suçların mağdurunun aynı kişi olması halinde uygulanabilir. Örneğin fail, cinsel saldırı suçunu işlemek için mağdurun konutuna girerse konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 116) uzlaştırma kapsamında (CMK m. 253/1-b) olsa da; cinsel saldırı suçuyla birlikte aynı mağdura karşı işlendiği için uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren hallerde ise, suçların mağdurları farklı kişiler olup; CMK'nın 253. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen uzlaştırma yasağı kapsamına giren bir durum söz konusu değildir.

Taksirle yaralama suçu uzlaştırmaya tabidir. Taksirle yaralama suçunun taksirle öldürme suçu ile fikri içtima ilişkisine girebilmesi, yani TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için uzlaştırma usulünün uygulanması ve bunun olumsuz sonuçlanması gerekir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde ise, taksirle yaralama suçu taksirle öldürme suçu ile fikri içtima ilişkisi içinde bulunamaz. Dolayısıyla, TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz ve fail sadece taksirle öldürme suçundan (TCK m. 85/1) sorumlu

tutulabilir<sup>41</sup>.

### C. Madde Bakımından Yetkili (Görevli) Mahkeme

TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun, madde bakımından yetkili (görevli) mahkemenin belirlenmesidir. TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen taksirle öldürme suçunun cezası, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası olup görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir (5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11). Maddenin ikinci fıkrasında ise, iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olup görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir (5235 sayılı Kanun m. 12).

İkinci fıkranın muhakeme şartı söz konusu olmaksızın doğrudan uygulanacağını savunan görüş<sup>42</sup> bakımından görevli mahkemenin belirlenmesi sorun arz etmemektedir. Diğer görüşe göre ise, taksirle yaralama suçu bakımından şikayet koşulu gerçekleşmese bile görevli mahkeme bu suç da dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir. Çünkü yaralama neticesi bakımından taksirin bilinçli olup olmadığı üst dereceli mahkeme olan ağır ceza mahkemesince belirlenmeli; yargılama sürecinde taksirin bilinçli olmadığı sonucuna varılırsa TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası bakımından yaralanan kişilerin şikayet hakkını kullanıp kullanmadığına bakılmalıdır. Şayet yaralanan kişilerin şikayeti söz konusu değilse TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması mümkün olmayacağı için 85. maddenin birinci fıkrasına göre hüküm kurulmalıdır<sup>43</sup>.

Görevli mahkemenin tespitinde asıl sorun teşkil eden husus, *taksirin türünün* belirlenmesidir. Çünkü bilinçsiz (basit) taksir - bilinçli taksir ayrımı, suçun takibinin şikayete bağlı olup olmadığı noktasında önem taşımaktadır (TCK m. 89/5). Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresinde delilleri değerlendirme ve buna dayalı olarak hukuki nitelendirme yapma

<sup>41</sup> Aksi görüş için bkz. Değirmenci, s. 172 “Özel bir içtima hali olduğundan dolayı, tek fiil ile bir veya birden fazla kişinin ölümünün yanı sıra bir veya birden fazla kişinin yaralanması halinde, taksirle yaralama bakımından uzlaştırmaya gidilemeyecektir.” Yazar, 89. maddenin dördüncü fıkrası bakımından ise taksirle yaralama suçunun sayma suretiyle CMK'nın 253. maddesinde belirtilmesi sebebiyle uzlaştırmının uygulanabileceğini belirtmektedir.

<sup>42</sup> Yıldız, s. 272-273; Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 241-242; Akkaş, s. 79-80.

<sup>43</sup> Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel Hukuku*, s. 228, Yazarlara göre her ne kadar böyle bir durumda taksirle yaralama suçu bakımından şikayet koşulu gerçekleşmediği sürece soruşturma yapılamayacağı ve kamu davası açılmayacağı gerekçesiyle TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrasının zaten uygulanamayacağı ileri sürülerek görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğu söylenebilirse de, soruşturma evresinde taksirin bilinçli olup olmadığının belirlenmesi mümkün olmadığı için bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu görüş kabul edildiğinde asliye ceza mahkemesinin daha sonra görevsizlik kararı vermesi halinde ağır ceza mahkemesi yeniden delil toplamak durumunda kalacak, bu da davanın gereksiz yere uzaması tehlikesini beraberinde getirecektir.

yetkisine sahip olsa da<sup>44</sup>; suçun manevi unsurunu oluşturan bilinçsiz taksir - bilinçli taksir ayrımı, çelişme metodunun uygulandığı duruşmada delillerin tartışılmasını gerekli kılabılır. Dolayısıyla, soruşturma evresinde suçun manevi unsuruna yönelik böyle bir tespitin yapılması, maddi gerçeğin araştırıldığı ceza muhakemesinin amacına uygun olmayabilir. Bu nedenle, Cumhuriyet savcısının tereddüt bulunan hallerde taksirin türünü bilinçli taksir olarak kabul etmek suretiyle soruşturmayı yürütmesi ve iddianame düzenlemesi daha doğru olacaktır. Fakat TCK'nın 89. maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren yaralama bilinçli taksirle işlenmiş olsa dahi şikayete tabidir. Bu durumda, yaralanan kişi şikayetçi değilse iddianamenin TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen taksirle öldürme suçundan dolayı asliye ceza mahkemesine hitaben düzenlenmesi gerekir. Diğer hallerde ise, iddianamenin TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ağır ceza mahkemesine hitaben düzenlenmesi; duruşmada ortaya konan ve tartışılan delillere göre taksirin bilinçsiz olduğu sonucuna varılması halinde, şayet yaralanan kişiler şikayetçi değilse TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına göre hüküm kurulması gerekir.

Taksirle yaralama suçu, şikayete tabi olsun ya da olmasın uzlaştırma kapsamında olduğu için uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde Cumhuriyet savcısı TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen taksirle öldürme suçundan dolayı asliye ceza mahkemesine hitaben iddianame düzenlemelidir.

Belirtilmesi gerekir ki, suçun manevi unsurunu oluşturan ve delillerin tartışılmasını gerekli kılan taksirin türüne göre taksirle yaralama suçunun takibinin şikayete tabi tutulması - *uzlaştırma kapsamında olduğu da dikkate alındığında*- tartışılması gereken bir meseledir. Çünkü yaralamanın 89. maddenin ikinci ya da üçüncü fıkrası kapsamına girip girmediği bir bilirkişi incelemesini gerekli kılmaktadır ve bunun belirlenmesi için de bildirim üzerine Cumhuriyet savcısı soruşturmaya başlamalıdır. Ayrıca, taksirin türünün belirlenmesinin delillerin tartışılmasını gerekli kılmasına bağlı olarak taksirle yaralama suçlarında Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, 89. maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.*" şeklinde öngörülen düzenleme, *ikinci cümlede yer alan düzenlemenin şikayetin esas itibarıyla soruşturma şartı olmasıyla çelişen bir uygulamaya yol açması sebebiyle* kural olmaktan çıkmakta ve istisna haline gelmektedir. Bu nedenle, taksirin türüne

<sup>44</sup> Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 126-127.

bağlı olmaksızın taksirle yaralama suçunun (üçüncü fıkranın (a) bendi haricinde<sup>45</sup>) tümüyle şikayete tabi olması gerektiği düşüncesindeyiz<sup>46</sup>.

Diğer taraftan burada sorunun asıl kaynağının mahkemelerin madde bakımından yetkisinin belirlenmesinde esas alınan soyut cezanın ağırlığı ölçütü olduğu söylenebilir<sup>47</sup>. Ölüm neticesinin ortaya çıktığı bir durumda, özellikle bilinçli taksir - olası kast ayırımındaki ince sınır göz önüne alındığında, TCK'nın 85. maddesinin tümüyle ağır ceza mahkemesinin görev alanına alınması, birinci fıkra bakımından uygulamada ortaya çıkması muhtemel görev uyuşmazlıklarını bertaraf edeceği gibi; birinci ve ikinci fıkra arasında görevli mahkemenin belirlenmesindeki sorunu da çözücü bir etkiyi haiz olacaktır.

<sup>45</sup> TCK'nın 89. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki bir yaralamanın mağdurun vücudu üzerindeki etkisi (iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalık veya bitkisel hayat) nazara alındığında bilinçsiz taksirle işlenen şeklinin şikayete tabi iken, bilinçli taksirle işlenen şeklinin re'sen takip edilmesi izaha muhtaçtır.

<sup>46</sup> 6.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanunun 5. maddesi ile (RG: 19.12.2006 / 26381) değiştirilen TCK'nın 89. maddesinin beşinci fıkrası "*Bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, bu maddenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.*" şeklinde idi. Değişiklikle, birinci fıkra kapsamına giren yaralama taksirin türü bakımından bir ayırım yapılmaksızın şikayete tabi tutulmuştur. TCK'nın 89. maddesi kapsamına giren tüm yaralamalar ise, bilinçsiz (basit) taksirin varlığı halinde yaralamanın ağırlığına bakılmaksızın şikayete bağlıdır. Mülga 1926 tarihli 765 sayılı TCK'nın taksirle yaralama suçunu düzenleyen 459. maddesinde ise, *yaralamanın ağırlığına göre* şikayet koşulu öngörülmekte idi. Tarihsel süreçte, taksirle yaralama suçunda şikayetin kapsamının genişlediği söylenebilir. Kanun koyucunun iradesine bağlı olarak taksirle yaralama suçunun tümüyle şikayete tabi tutulması da mümkündür.

<sup>47</sup> Ağır ceza mahkemelerinin madde bakımından yetkisi belirlenirken, karma bir ölçüt kullanılmıştır. Başka bir ifadeyle, sadece soyut cezanın ağırlığı ile yetinilmemiş, ayrıca suçun niteliği dikkate alınmak suretiyle aslında asliye ceza mahkemesinin madde bakımından yetkisine giren bazı suçlarda da ağır ceza mahkemesi görevli kılınmıştır (5235 sayılı Kanun m. 11-12). Ancak bu durum uygulamada madde bakımından yetki uyuşmazlığı sorunlarına yol açtığı gibi, uzmanlaşmayı da engellemektedir. Örneğin TCK'nın resmi belgede sahtecilik suçunu düzenleyen 204. maddesinin birinci fıkrası bakımından asliye ceza mahkemesi görevli iken, ikinci fıkrası bakımından ağır ceza mahkemesi görevli kılınmıştır. Söz konusu sakıncaların önüne geçebilmek için, suçun ağırlığını esas alan soyut ceza kriteri ve karma kriter yerine, suçların türüne ve niteliğine göre mahkemelerin görevinin belirlenmesi uygun olacaktır (bkz. Şahin / Göktürk, s. 251-254).

## KAYNAKÇA

- Akkaş A H, “TCK’nın 85’inci Maddesinin İkinci Fıkrası İle İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 63-84.
- Artuç M, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.
- Artuk M E / Gökçen A / Alşahin M E / Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Baumann J/ Weber U/ Mitsch W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003.
- Birckel P, *Die Identität der Tat im Strafrecht*, Freiburg i.Br., Univ., Diss., 1906.
- Bohnert J, “Tatmehrheit, Verfahrensmehrheit und nachträgliche Gesamtstrafenbildung”, *GA*, 1994, s. 97-111.
- Centel N/ Zafer H/ Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, 4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.
- Değirmenci O, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Dithmar U, *Der Grundsatz “ne bis in idem” und das fortgesetzte Delikt*, 1993.
- Doğan K, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011.
- Erb V, “Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen”, *ZStW*, 2005/117, s. 37-106.
- Eschelbach R, *BeckOK-StGB*, v. Heintschel-Heinegg, 54. Edition, C.H. Beck, 2022.
- Geerds F, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hansischer Gildenverlag, 1961.
- Göktürk N, *Fikri İçtima*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Gössel K H, “Besprechung zur Idealkonkurrenz”, *GA*, 1981, s. 134-136.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Springer Verlag, 2005.
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1991.
- Jescheck H H/ Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, 1996.
- Kaymaz S / Gökcan H T, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Kelep Pekmez T, *Ceza Muhakemesinde Fiil*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kindhäuser U, “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit-BGH, NJW 1984, 1568”, *JuS*, 1985/2, s. 100-105.
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos Verlag, 2013.
- Koca M / Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Koca M, “Fikri İçtima”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2007/4, s. 197-221.
- Krey V/ Esser R, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2011.
- Kühl K, “das leidige Thema der Konkurrenzen”, *JA*, 1978, s. 475-480.

- Maurach R/ Zipf H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992.
- Mitsch W, “Gesetzeseinheit im Strafrecht”, *JuS*, 1993/6, s. 471-475.
- Montenbruck A, *Strafrahen und Strafzumessung*, Dunckner & Humblot, 1983.
- Özbek V Ö / Doğan K/ Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Öztürk B / Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Puppe I, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhaeltnis von Tatbestand u. Handlung*, Duncker & Humblot, 1979.
- Puppe I, *NK-StGB*, Band. 1, 2. Auflage, Nomos, 2005.
- Schöneborn C, “Zum Problem der materiellrechtlichen und prozessualen Tateinheit durch Verklammerung”, *NJW*, 1974/17, s. 734-735.
- Şahin C / Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tezcan D / Erdem M R/ Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ünal E, *Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- v. Heintschel-Heinegg B, *MüKo-StGB*, Band 2, 4. Auflage, C.H. Beck, 2020.
- Walter T, “Zur Lehre von den Konkurrenzen: Die Bedeutung der Konkurrenzen und wie man sie prüft”, *JA*, 2004/2, s. 133-137.
- Wessels J / Beulke W / Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Auflage, C. F. Müller Verlag, 2013.
- Yıldız A K, “Taksirle Öldürme”, *Erciyes ÜHFD*, *Doğan Soyaslan Armağanı*, 8, 2013/2, s. 257-283.
- Zielinski D, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Dunckner & Humblot, 1973.

# MERİTOKRASİ

Gülten ÇAMURCUOĞLU\*

## ÖZET

*Türkiye’de meritokrasi, ilkeleri yaygın bir şekilde bilinen; ancak literatürde üzerinde yoğun durulmamış bir kavramdır. Meritokrasi; liyakete dayanan ve herkese fırsat eşitliği sunulmasını savunan bir ideolojidir. Ayrımcılığa karşıdır ve bireyin yetenek ve çabasına dayanmasını savunur. Buna göre başarının anahtarı, bireyin yeteneği, zekası ve çabasıdır. Bu çalışmada, meritokrasi kavramının nereden geldiğine ve farklı ülkelerde meritokrasiyi destekleyen ve eleştiren görüşlere yer verilmiştir. Meritokrasinin ayrımcılığın önlenmesi, çabanın ödüllendirilmesi, sosyal mobilizasyonun sağlanması, toplumsal kaynakların verimli kullanılması gibi olumlu sonuçlarının yanında sosyoekonomik eşitsizlikleri gözardı etmesi ve sınıflaşmayı derinleştirmesi gibi olumsuz sonuçlarına da yer verilmiştir. Ancak yine de belirtmelidir ki meritokrasinin yol açabileceği olumsuzluklar üzerine literatürde daha çok tartışılması gerekir. Meritokrasi, modern toplumların bir özelliğidir ve kolektif imtiyazlara zıttır. Bu nedenle her ne kadar meritokrasi içinde kota sistemlerine ve pozitif ayrımcılığa yer verilip verilemeyeceği tartışılıyor olsa da meritokrasi kota sistemleri ve pozitif ayrımcılıkla bağdaşmaz. Çünkü meritokrasinin varlığı, her bireyin kendi yetkinliğini ispat edebilmesini gerektirir. Başka bir deyişle meritokraside her birey kendi eğitimi, yetenekleri ve çabasına göre mükafatlandırılır. Bu nedenle meritokrasi bir tür uzmanlar yönetimidir. Özel sektör veya kamu sektöründe rekabet sonucunda en yetenekli olanın işe alınması veya terfisini gerektirir. Bu elemenin gerçekleştirilmesi Singapur’da olduğu gibi özel ve ayrıntılı yöntemlerle yapılabilir; ancak insana ve işe ilişkin her konuda bir sınav yapılamadığından bu yöntemlere eleştiri de getirilebilir. Bununla birlikte meritokrasi, henüz yerine alternatifi konulamamış toplumsal örgütlenme modeli öneren bir ideolojidir.*

**Anahtar Kelimeler:** Meritokrasi, liyakat, fırsat eşitliği, kota sistemleri, pozitif ayrımcılık.

## MERITOCRACY

### ABSTRACT

*In Turkey, meritocracy is a notion whose principles are commonly known but not emphasized in the literature. Meritocracy is an ideology that is based on merit and upholds equality of opportunity for all. It opposes discrimination and advocates that the individual be based on his/her ability and effort. Accordingly, the key to success is one’s ability, IQ, and effort. In this study, where the concept of meritocracy comes from and opinions that support and criticize meritocracy in different countries are included. In this study, from the origins of the meritocracy concept and the opinions that support and criticize meritocracy in different countries are included. Also, positive outcomes of a meritocracy like preventing discrimination, awarding efforts, ensuring social mobilization, and using social resources productively, besides negative outcomes like ignoring socioeconomic inequalities and the*

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı  
ANKARA, e-posta: gulden.camurcuoglu@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-7404-4661

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1174035

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12/09/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/11/2022

*quality of deepening stratification are discussed. However, it should be indicated that the negativities that may be caused by meritocracy need to be discussed more in the literature. Meritocracy is a feature of modern societies and opposes collective privileges. Therefore, although it is discussed whether quota systems and positive discrimination can be included in meritocracy, meritocracy is incompatible with quota systems and positive discrimination because the existence of meritocracy requires each individual to be able to prove his/her own competence. In other words, in meritocracy, each individual is rewarded according to his/her own education, abilities, and effort. For this reason, meritocracy is a kind of management of expert. It requires the hiring or promotion of the most talented in consequence of competition in the private or public sector. This qualification can be carried out with special and detailed methods as in Singapore; however, since an exam cannot be held on every subject related to humans and work, criticism can also be brought to these methods. However, meritocracy is an ideology that proposes a social organisation model that has not yet been replaced.*

**Key Words:** Meritocracy, merit, equal opportunity, quota systems, affirmative action.

## GİRİŞ

İşe alımda ve görevde yükselmeye liyakat esasına dayanmanın gerekliliği, üzerinde çokça durulmuş bir konudur ve liyakat hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Bununla birlikte liyakate dayalı yönetimi anlatan meritokrasi kavramına Türkçe literatürde pek yer verilmiş değildir. Makale konusunun seçimindeki yegane öncelik bu durumdur. Meritokrasi kavramı incelenirken yalnızca bu sistemin olumlu yanlarına odaklanmadan veya tersine sadece olumsuz yanlarından bahsetmekten kaçınılmış, olumlu ve olumsuz yanları birlikte ele alınarak okuyucuya sunulmuştur. Kavramın etimolojik kökeni ve kavramın nasıl ortaya çıktığına ilişkin açıklamalar Birinci Bölümde yerini almıştır. Buna göre kavramın ilk ortaya çıktığı yer olarak Birleşik Krallık görünmektedir. Bununla birlikte meritokrasiye ilişkin ilk uygulamalara Prusya Krallığında yani yine Avrupa'da yer verilmiştir. Ancak, meritokrasiye ilişkin yaygın toplumsal uygulamalar uzun yıllardır Çin, Singapur, Kore gibi uzakdoğu ülkelerinde de yer almaktadır. Dolayısıyla Batı'da olduğu kadar Doğu'da da meritokrasiye ilişkin uygulamaların nispeten erken ortaya çıktığı söylenebilir. Başka bir anlatımla meritokrasi yerkürenin farklı bölgelerinde kendini göstermiştir. Çeşitli ülke uygulamaları örneklerine makalenin ikinci kısmında yer verilmiştir. Takip eden bölümde ise meritokrasinin olumsuz yönlerine ayrıca yer verilmiştir. Zira liyakat ilkesinin kabulü ve yalnızca olumlu yanlarına odaklanması özellikle literatür açısından yeterli değildir. Konu, ayrıntılı bir incelemeyi gerektiren şekilde toplumsal ve zaman tanımaz olumsuz sonuçları teşvik edebilmektedir. Bir tür kast sistemi yaratması bunlardan biridir. Bununla birlikte meritokrasi tümüyle yerilecek bir sistem de değildir. Bir tür uzmanlar yönetimi anlamına geldiğinden ulusal kaynakların verimli kullanımı ve çabanın ödüllendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Makalenin son bölümünde meritokrasiyle uyuşan siyasal ideolojiler ve siyasal kurumlar ile meritokrasinin uygulandığı alanlar anlatılmıştır.



Son bölümde ayrıca meritokrasi söz konusu olduğunda tartışmaya açılan pozitif ayrımcılık ve kota sistemleri konularına da yer verilmiştir.

## I. MERİTOKRASİ KAVRAMI

### A. Kavramın Ortaya Çıkışı

Meritokrasi kavramı ilk defa 1958 yılında Michael Young tarafından yazılan “The Rise of the Meritocracy; 1870-2033 (Meritokrasinin Yükselişi)” adlı kitapta yer almıştır.<sup>1</sup> Michael Young’a göre bu kavramın kökeni, şans eşitliği kavramında olduğu gibi belirsiz, gizlidir. Genel olarak ilk kullanımı 1860’larda İşçi Partisiyle ilişkili az sayıda baskısı olan dergilerde gerçekleşmiş gibi görünmektedir.<sup>2</sup> “merit” ve “krasi” kelimelerinin birleşmesinden oluşan kavram, liyakatli olanın gücü elde edebilmesi anlamına gelmektedir. Meritokratik uygulamaların ilk defa Almanya’da Prusya Kralı I. Frederick’in adımlarıyla atıldığına inanılmaktadır. Çünkü I. Frederick, devlet kadrolarına girişte hukuk öğreniminin zorunlu kılınması, sınav uygulanması gibi birden çok uygulama ve koşulu zorunluluk haline getirmiştir.<sup>3</sup> Her ne kadar meritokrasi kavramını ilk defa 1958’de Michael Young’ın kullandığı yaygın olarak kabul edilse de kavram bundan iki yıl önce Sosyalist Yorum (Socialist Commentary) dergisinde Alan Fox’un yazdığı “Sınıf ve Eşitlik” makalesinde yer almıştır. İlk yayımlanmaya başladığında haftalık olarak çıkan dergi, İngiltere’de İşçi Partisinin sol kanadındaki bir siyasi grup tarafından yayımlanmaktaydı. Fox’un makalesi sınıflaşmaya neden olan ideolojiler, sosyal araçlar ve politikaların sosyolojik bir özeti idi. Daha fazla eşitlik arayışında olan Fox için meritokrasi, suistimal demektir. Fox’un makalesi, meritokrasinin gerekliliğine karşı olan bir sosyalist argümandır.<sup>4</sup> Dolayısıyla sosyalistlerce meritokrasi kavramı ilk kullanılmaya başladığında günümüzde birçok kimse tarafından kabul edildiği gibi olumlu anlamda değil, olumsuz bir anlamda kullanılmaktaydı.

Alan Fox’un bu makalesine atıftan ziyade literatürde çoğunluk tarafından meritokrasi kavramını ilk kullananın Young olduğu kabul edilir. Young, meritokrasinin hakim olduğu topluma tabakalaşmış, sert sınıf ayrımının olduğu bir toplum şeklinde olumsuz bakar. Bunu yaparken kitabında öncelikle, İngiltere’de kamu düzeninin eski halini anlatarak başlamaktadır. Young’ın anlatımıyla 1870’li yıllarda meritokrasinin kamuda hakimiyeti başlamıştır.

<sup>1</sup> Tolga Anıl Topdemir/ Ayla Zehra Öncer, “Politik Yetinin Örgütsel Sapma Davranışı Üzerindeki Etkisinde Meritokrasinin Rolü”, *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, 15(54), 2020, s. 565.

<sup>2</sup> Michael Young, *The Rise of the Meritocracy: 1870-2033 An Essay on Education and Equality*, Penguin Books, 1961, s. 21; dn.1.

<sup>3</sup> Topdemir/ Öncer, s. 565.

<sup>4</sup> Jo Littler, *Against Meritocracy: Culture, Power and Myths of Mobility*, Routledge, 2018, s. 32-34.

ncesinde makamlar, meslekler babadan oğula geçmekteydi. Mirası çok olan ya da aileden zengin olanlar Cambridge veya Oxford ya da Eton College gibi okullarda öğrenim görürken çiftçinin çocuğunun ilerideki mesleğinin yine çiftçilik olacağı belliydi. Dolayısıyla önceleri kamu sektöründe nepotizm hakimken 1800'lerin ikinci yarısından sonra beyin gücü devreye girmeye başlamıştır. Her aile kendi çocuğunun imtiyaz sahibi olmasını arzu eder. Feodal dönem ve ondan sonrasında da Young'a göre aile muhakemeden ziyade sadakatten g almaktadır. Bununla birlikte ona göre aristokrasi ve aile sosyal ilerlemeyi durduramaz.<sup>5</sup>

Young'a göre 1800'ler İngiltere'sinde sol kanadın (radikal kanat sosyalistlerinin) insan kapasitesindeki farklılıkları göz ardı ederek, yetenekli olsun veya olmasın herkesin aynı okullara katılması ve aynı temel eğitimi alması gerekliliğini teşvik ederek eŐitlikçiliĐin farklı bir yorumunu vurgulamasıyla sorun başlamıştır.<sup>6</sup> Bazı sol kanattakilere göre, akıllıyı aptaldan ayırmak sınıf ayırımının derinleŐmesine neden olurdu. Bu nedenle yetenek, cinsiyet, ırk, sınıf vs. ayırt etmeksizin herkes bir arada toplanmalıydı. İngiliz sosyalistler Amerikan ve Sovyet toplumlarına bakarak burada ilk ve ortaokul düzeyinde bütün çocuklara benzer okullarda eğitim aldırıldığını görmüŐlerdir. Fakat Young'a göre müstesna beyinler müstesna eğitimi gerektirir. Rus ve Amerikanlar bunu görememiŐti. Onlar bütün çocukları iyi oldukları kadar iyi olmadıklarını da yapmaya zorlamıŐtı. Young'a göre eşitlik adına gereksiz yere bir kısmı çoğunluğa kurban etmiŐlerdi.<sup>7</sup>

Young, günün modern toplumunda doğum aristokrasisinin yerini yetenek aristokrasisine bıraktığından söz etmektedir.<sup>8</sup> Endüstri eski katılıkları ortadan kaldırmıŐtır.<sup>9</sup> Ona göre modern düŐüncenin temel önermesi, insanların eşit olmadığı ve kapasitelerine göre bir mevkiin kendilerine sağlanmasıdır. Dolayısıyla zeka olarak üstün olan zirveye taŐınmalı, düşük olan ise aşağıda konumlandırılmalıdır. Herkes, kendine uyan kıyafeti giymelidir.<sup>10</sup>

Young, kitabında yeni bir tür elitizmin ortaya çıktığı distopik bir gelecek çizmiŐtir.<sup>11</sup> Ona göre meritokrasi eşitsizliğin kalıcılaŐmasına neden olacaktı. YavaŐ bir yeniden örgütlenme gerçekleŐecek; ancak bu örgütlenme soydan ziyade liyakate dayanacaktır. Bu Şekilde eski sınıfların çözüleceğini farz etmiştir. Ancak bu gelişme toplumda yalnızca zekaya

---

<sup>5</sup> Young, s. 19 vd.

<sup>6</sup> Young, s. 41.

<sup>7</sup> Young, s. 45-46.

<sup>8</sup> Young, s. 48.

<sup>9</sup> Young, s. 94.

<sup>10</sup> Young, s. 116.

<sup>11</sup> Leanne S. Son Hing ve diğerleri, "The Merit of Meritocracy", *Journal of Personality and Social Psychology*, 101(3), 2011, s. 433.

göre bölünmüş sert bir tabakalaşmayı beraberinde getirecektir.<sup>12</sup> Dolayısıyla meritokrasi kavramı ilk kullanıldığında olumsuz bir anlama sahipti.

İngiliz sosyolog kitabında bu şekilde, sıradan insanlarla irtibatı olmayan yeni bir seçkin sınıfın ortaya çıktığına ilişkin uyarıda bulunmuştu. Bu elit, gittikçe benzer sosyal tabandan kimselerle evlenecek ve daha sonra çocukları için en iyi eğitimi almada maddi gücünü kullanacaktır.<sup>13</sup>

Young, kitabında sistemin tepesinde olanların otokratik bir şekilde, meşru hak sahipliğiyle yönetirken sistemin en altında yer alanların üstteki yetenekli seçkinlerin suistimaline karşı kendilerini korumaktan aciz olduğu bir toplumu tanımladı.<sup>14</sup> Young, hünerin yalnızca zeka ve çalışmanın birleşmesi olarak tanımlandığı toplumları bir distopya olarak eleştirdi. Ölçülebilir beceriden dolayı toplumda eşitsizliğin yaygınlaşabileceğini iddia etti.<sup>15</sup> Açık ve aydınlanmış bir toplum yerine meritokrasi zalim ve insafsızdı. Fakat bu orijinal anlam tamamen farklı bir yorumla evrilmiştir. Bugün meritokrasi sıklıkla sosyal sınıf veya zenginliğin belirleyici bir faktör olduğu sisteme karşı insanların yetenekleri ve kabiliyetleriyle orantılı bir başarı elde edebilmelerine izin veren bir sosyal sistemi tanımlamak için, olumlu çağrışımla kullanılmaktadır. Young'ın kitabı, iyi veya kötü, insanların hak ettikleri neyse onu aldıkları bir toplum üzerinden bir yergi olarak tasarlanmıştı. Aksine bugünün yorumu liyakatin bir kimsenin başarısı ve yeteneği anlamında diğer tanımıyla ilgili olarak anlaşılmaktadır.<sup>16</sup>

Young kitabında, 21. yüzyılda bütün ödül ve meslek görevlendirmelerinin hünere dayandığı dünya çapında bir toplum tasavvur eder. Bu toplumda sosyal sınıf, aile geçmişi, ırk, din gibi yeteneklerin gelişmesinin önündeki hiçbir sosyal engel eğitim veya kariyer konusunda alınan kararlara etki etmemektedir. Mükafatlandırmada eşitsizliklere temel olacak bezdirici tartışmalardan kaçınmak amacıyla farklı mesleklerin temel ücretleri eşittir. Yararlar ve diğer ödüllerdeki büyük eşitsizlikler mesleklere bağlıdır. Bu ödüller meşrulaştırılmıştır çünkü çalışma koşullarının yeterliliğini sağlamakta veya cesaretlendiricidir. Her tarafta

<sup>12</sup> Ansgar Allen, "Michael Young's The Rise of the Meritocracy: A Philosophical Critique", *British Journal of Educational Studies*, 59(4), 2011, s. 367-368.

<sup>13</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, s. 4-5; Int.

<sup>14</sup> Loriz Anne Alvarado, "Dispelling the Meritocracy Myth: Lessons for Higher Education and Student Affairs Educators", *The Vermont Connection*, 31, 2010, s. 11.

<sup>15</sup> Chang-Hee Kim, Yong-Beom Choi, "How Meritocracy is Defined Today?: Contemporary Aspects of Meritocracy", *Economics and Sociology*, 10(1), 2017, s. 115.

<sup>16</sup> Alvarado, s. 11-12.

ödülleri hünere orantısaldır. Hüner; yetenek artı çaba olarak yorumlanır.<sup>17</sup> Dolayısıyla Young'ın açık bir liyakat tanımı vardır; zekâ ve çaba birlikte liyakati (erdem) oluşturur (I+E=M).<sup>18</sup>

Young, ayrıca, liyakate dayanan mesleki seçimin sosyal olarak verimsiz olabileceği konusunda uyarılmaktadır. Gerçek bir meritokraside tabakalaşma kaçınılmazdır. Sosyal köklerin –örneğin soy bağının- mesleki hedefte hiçbir etkisinin olmadığı bir toplumda her birey eşitsiz olmada eşit bir şansa sahiptir.<sup>19</sup> Buna zıt olarak bugün meritokrasi eşitliğe dayanan topluma götüren yollardan biri olarak algılanmaktadır.<sup>20</sup>

Young'ın kitabında meritokrasi; zekayla çabanın birleşmesi, erdeme/liyakate eşittir formülüyle anlatılırken<sup>21</sup> günümüzde hüner veya liyakat; yetenek, eğitim ve tecrübeyi de içermektedir.<sup>22</sup> Kitapta meritokrasi bir ideoloji veya örgütlenme ilkesi olarak sunulur.<sup>23</sup> Günümüzde de meritokrasi, personel istihdamında liyakat sisteminin esas alınması olarak tanımlanabilmekte<sup>24</sup> ve çoğunlukla da bu şekilde anlaşılmaktadır.

Meritokrasi, modern ve eşitlikçi toplumların bir özelliğidir. Adeta bir yetenekler aristokrasisi yaratan meritokrasi modern toplumları ayrıcalıklı toplumlardan ayırır.<sup>25</sup> Miras kalmış ve kolektif imtiyazlara karşı mücadelede en temel araç olan meritokratik ilkeler modern toplumun sosyal ayrımının temel unsuru haline gelmiştir.<sup>26</sup> Modern öncesi toplumlarda diğer sosyal bağların kuvvetinden dolayı meritokrasinin vücut bulması mümkün değildir.

Meritokrasi, Batı toplumlarında giderek olumlu bir anlam kazanmış ve kapitalizm ve eşitlikçi değerler<sup>27</sup>, siyasi ideoloji veya Amerikan Rüyası gibi kavramlarla ilişkilendirilmiştir.<sup>28</sup>

<sup>17</sup> Norman Daniels, “Merit and Meritocracy”, *Philosophy & Public Affairs*, 7(3), 1978, s. 207.

<sup>18</sup> Young, s. 94.

<sup>19</sup> Tom Nicholas, “The Myth of Meritocracy: An Inquiry into the Social Origins of Britain’s Business Leaders Since 1850”, *Economic History Working Papers*, 53/99, Department of Economic History, London School of Economics and Political Science, London, 1999, <<http://eprints.lse.ac.uk/22385/1/wp53.pdf>>, Erişim Tarihi 07.04.2022, s. 4.

<sup>20</sup> Kim/ Choi, s. 115.

<sup>21</sup> Littler, s. 34; Kim/ Choi, s. 115.

<sup>22</sup> Hing ve diğerleri, s. 433.

<sup>23</sup> Littler, s. 35.

<sup>24</sup> Abdullah Uz, “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 2011, s. 80.

<sup>25</sup> Livia Martins Pinheiro Neves, “Putting Meritocracy in its Place: The Logic of Performance in the United States, Brazil, and Japan”, *Critique of Anthropology*, 20(4), 2000, s. 335.

<sup>26</sup> Neves, s. 353-354.

<sup>27</sup> Kim/ Choi, s. 112; Int.

<sup>28</sup> Kim/ Choi, s. 116.

Young'ın tanımlamalarından hareketle meritokrasinin varlığı için gereken iki özellik; tarafsız yarışma ve şans eşitliğidir. Eğer şans eşitliği mevcut değilse herkesin hayal ettiği bu topluma ulaşamayacaktır. İdeal bir meritokratik toplumda, olası çürümeyi azaltacak açık ve şeffaf bir sistem yoluyla sosyal hareketliliği ortaya çıkarmak mümkündür.<sup>29</sup> Meritokrasinin çekirdek ilkeleri (düsturları) sosyal hareketlilik ve şans eşitliğidir.<sup>30</sup> Şans eşitliği, bütün yeteneklere serbest alan sağlayan bir toplum yapısı fikrinden türemiştir. Tarafsız yarışma ve şans eşitliği sağlandığı takdirde her birey zeka ve çabasına dayanarak hak ettiği mesleğe ve statüye ulaşmaktadır. Meslek ve statülerin hüner sahibi her kesimden insana açık olması gerekir. Bu nedenle bir sosyal hareketlilik söz konusudur.

Meritokrasi, bir başka tanımla, yeteneklerini kullanabilmeleri için insanların çok çalışmayla sorumlu oldukları ve çoğunluğa dahil her bir kimsenin kendisi için uygun olan ve ödüllendirileceği sosyal pozisyona ulaşacağı fikirlerine dayanan bir sosyal sistemdir.<sup>31</sup> Aynı zamanda insanların kendi doğal yeteneklerine uyan işte çalışabildiğinde başarılacak sosyal harmoniyi anlatır.<sup>32</sup>

## B. Meritokrasi Teorisi

Meritokrasiye dayalı bir yönetim varsa “merit” yani yetenekten ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulan başlıca konulardan biridir. Başka bir tabirle meritokrasinin nasıl bir sistem olduğunun açıklanabilmesi yetenekten neyin anlaşıldığına bağlıdır.<sup>33</sup>

Erdem veya liyakat (merit), çoğunlukla içsel yetenekler, doğru davranış, çok çalışma, ahlaki karaktere sahip olma gibi etkenlerin birleşimi olarak tanımlanmaktadır. Meritokratik bir sistemde; bir insan bu yeteneklere sahip ve çok çalışıyorsa bu kimsenin başarılı olacağı<sup>34</sup> düşüncesi hakimdir. Liyakat (hüner), bireyin sahip olduğu yeteneklere ilişkindir. O, hak edilen kavramından farklılaşmaktadır. Zira hak edilen bir eyleme dayanmaktadır. Geçmişte ifa edilmiş bir eylem karşılığında hak edilen teslim edilir. Liyakat kavramı ise geçmişe değil, geleceğe yöneliktir. Çünkü liyakatte insanların sahip oldukları bazı özelliklerden dolayı bazı görevleri hakkıyla yerine getirecekleri düşünülmektedir. Uygulamada liyakate dayalı yargılar, bireyin geçmiş eylemlerinden hareketle gelecekte sergileyeceği performans hakkında çıkarım taşımaktadır. Örneğin bireyin geçmiş tecrübesi ve başarıları onun nitelikleri hakkında kanıt

<sup>29</sup> Kim/ Choi, s. 116.

<sup>30</sup> Littler, s. 8; Giriş.

<sup>31</sup> Littler, s. 8; Giriş.

<sup>32</sup> Littler, s. 27.

<sup>33</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, s. 6.

<sup>34</sup> Alvarado, s. 12.

sağlamaktadır.<sup>35</sup>

Meritokratik sistemlerin uygulanması, erdemi neyin oluşturduğu ve erdemin nasıl ölçüleceği konusunda anlaşmaya bağlıdır. Örneğin meritokrasi kavramı gibi erdem kavramının anlamı ulustan ulusa veya kurumdan kuruma değişebilir. Bu nedenle erdemin nasıl tanımlandığı, meritokratik uygulamalara başvurunun ne olduğu, meritokrasinin nasıl uygulanacağı farklı çevreler ve farklı kültürlerde bir anlayış (kavrayış) meselesidir. Aynı zamanda insanların meritokrasi hakkındaki inançları durağan değildir.<sup>36</sup> Bu nedenle farklı milletlerde farklı tür meritokrasi uygulamaları mevcut olabilir.

Aynı zamanda meritokrasi, hala gelişmekte olan bir sosyal sistemdir. Aynı toplum içinde de erdem kavramı kültüre veya çevreye göre değişebilir. Meritokrasi uygulaması Asya ve Batı ülkeleri arasında pek çok çeşidini gösterir. Günümüzde en meritokratik ülkelerden biri olarak kabul edilen Singapur'un kurucu babası olarak bilinen Lee Kuan Yew de sosyal ilerlemeyle birlikte ekonomik gelişmeye önyak olunması ve etkili bir kamu hizmetinin kurulabilmesi için meritokrasi kültürünün ihtiyacına inanmıştı.<sup>37</sup> Bu şekilde Singapur'da kamu hizmetlerinin verimliliği meritokrasi uygulamalarının mevcudiyetine bağlanmıştı.

Milli veya yerel düzeyde kamu hizmeti devletin vatandaşlarına karşı yükümlülüklerini yerine getirmede dayandığı bir temel alan olduğu için meritokrasi uygulaması özellikle kamu hizmetinde işe alımda ve atanmada akla gelmektedir. Birleşmiş Milletler raporlarında vurgulandığı üzere özellikle planlama ve finans bakanlıkları ve merkez bankaları gibi merkezi ekonomik birimlerde ve kilit hükümet kurumlarında tecrübeli ve iyi eğitim almış personelin yerleştirilmesi<sup>38</sup> yolsuzluğun azalması, milli gelir seviyesinde yükselme gibi meritokrasinin olumlu sonuçlarını açığa çıkarır.

Meritokrasinin öncelikli olarak kamu kurumlarında geçerli bir ilke olarak anlaşılmasının sebebi, kavramın yönetsel anlamda bir ideolojiyi yansıttığı düşüncesidir. Tabii ki bu ifade özel sektörde liyakate önem verilmediği anlamına gelmemelidir. Rekabete dayalı piyasa ekonomisi düzeninde özel sektörde yer alan şirketlerin büyüebilmesi ve sektörde yer alabilmesi çalışanlarının potansiyeline de bağlıdır.<sup>39</sup> Liyakat ilkesi, bireylerin işyerlerinde duygusal açıdan olumlu bir tutum sergilemelerini sağlayarak kurumsal açıdan performans

---

<sup>35</sup> Elena Zilliotti, *The Moral Basis of Political Meritocracy*, *Philosophy and Public Issues*, 7(1), 2017, s. 251.

<sup>36</sup> Kim/ Choi, s. 117.

<sup>37</sup> Kim/ Choi, s. 118; Sonuç.

<sup>38</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, *Meritocracy for Public Service Excellence*, 2015, s. 7.

<sup>39</sup> Topdemir/ Öncer, s. 566.

artışını olanaklı kılar.<sup>40</sup> İşyerinde potansiyelin artırılabilmesi meritokrasi ilkelerinin burada hakimiyetini gerektirir. Ayrıca vurgulanmalıdır ki liyakat ilkesi, özellikle zıttı olan kayırmacılık uygulamaları arttığında gündeme gelmektedir.<sup>41</sup> Kayırmacılık arttığı oranda liyakate ve meritokrasiye çağrılar da artacaktır.

Bu nedenle verimliliğin artırılabilmesi için yalnızca işe alımda liyakate dayanılması yeterli değildir. Liyakat, yalnızca personelin işe alımında aranan bir unsur olmamalıdır. O, kamu yönetiminde ve profesyonel iş yaşamının tüm kademelerinde öne alınması gereken bir ölçüttür.<sup>42</sup> Meritokrasi, işçiler arasında yapıcı yarışmaya olanak sağlayarak örgütsel verimliliği artırmada kullanılabilir.<sup>43</sup>

Meritokrasi fikri ödüllerin tarafsızca bireysel yeteneğe göre dağıtıldığı bir ideoloji ve bir sistem olarak, toplumun alt kesimlerinden destek görmektedir. Meritokratik bir toplumda insanlar çabalarının boşa gitmediği, çok çalışmanın faydalarını ve olumlu sonuçlarını her zaman elde ettikleri düşüncesini taşırlar. Bu nedenle meritokrasi, bireylerin kendi amaçlarını başarabilmelerinde yeteneklerinin uygun kullanımıyla ilgili bir tanımdır. Benzer bir bakışla birçok yazar meritokratik bir toplumun ırk, cinsiyet, ekonomik sınıf veya sosyal pozisyona bakmaksızın toplumun her bir üyesine şans eşitliği sağlaması gerektiğini iddia etmektedir.<sup>44</sup> Meritokrasi ancak şans eşitliği varsa, ödüllerin veya mevki/makamların toplumun her kesimine açık olması halinde söz konusu olabilir.

Meritokratik düzende şans eşitliği bireyler arası rekabete izin verir. Böyle bir rekabetin varlığı herkes için şans eşitliğinin bir güvencesi, göstergesidir.<sup>45</sup> Şans eşitliği, herkesin yeteneğini veya bunun eksikliğini göstermede eşit şansa sahip olabildiğini ifade etmektedir.<sup>46</sup>

Bununla birlikte şans eşitliği ilkesi, toplum içinde kaynakların eşitsiz dağıtımıyla ilgilidir. Çünkü bireylere mutlak eşit bir şekilde değil, başarılarına göre ödül veya karşılık verilmektedir.<sup>47</sup> Ancak Dünya Bankasının bir raporunda belirtildiği üzere; benzer şanslar verildiğinde daha fazla çalıştıkları için bazı insanların diğerlerinden daha zengin olduğu bir

<sup>40</sup> Topdemir/ Öncer, s. 557.

<sup>41</sup> Ömer Çamur, “Kamu Yönetiminde Liyakatin Önemi: Adalet Temelinde Bir Değerlendirme”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(2), 2020, s. 462.

<sup>42</sup> Çamur, s. 462.

<sup>43</sup> Kim/ Choi, s. 116.

<sup>44</sup> Kim/ Choi, s. 115-116.

<sup>45</sup> Neves, s. 339.

<sup>46</sup> Thomas R. Conrad, “The Debate About Quota Systems: An Analysis”, *American Journal of Political Science*, 20(1), 1976, s. 142.

<sup>47</sup> Irene Prix, *Limits of Meritocracy: How Fields of Study and Gender Segregation Affect Social Stratification in Finland*, Ruse, Turku, 2014, s. 2-3.

gelir dağılımları adil olarak dşnlmelidir.<sup>48</sup> Ancak yine aynı raporda belirtildiği üzere aynı gelir dağılımlarının yalnızca ebeveynlerinin zenginliği veya bağlantılarından dolayı daha iyi okullara ve mesleklere kabul edilen daha zengin grup tarafından oluşturulursa adil olmadığı düşünülebilir.<sup>49</sup>

Birçok yazar şans eşitliğini meritokrasinin en önemli yanısı olarak tanımlamaktadır. Zira bu kavram, meritokratik bir toplumda uyumun yaratılmasında baskın bir değerdir. Meritokratik bir toplumun n şartları şeffaflık ve tarafsızlıktır. Diğerlerinden daha yetenekli ve erdemli olanlara ekonomik sınıfa dahil olma imkanı ve sosyal pozisyonları verilir. Bu nedenle şans eşitliğinin olmaması, insanların meritokrasiye inancının ortadan kaldırılmasına yol açar.<sup>50</sup>

Bununla birlikte meritokraside mkfatlar veya iş ve meslekler eşit şekilde paylaşılmamaktadır. Eşit olmayan böyle bir paylaşımın temel belirleyeni ise hüner veya başka bir ifadeyle yetenektir. Hüner testi bireysel yeteneğe dayanmalıdır. Daha yetenekli olan toplumun mkfatlandırmasından daha büyük pay almalıdır. Ancak bu sonuca giden yolda herkes yine şans eşitliğine sahip olmalıdır. Saygı, gelir, statü gibi sosyal eşitsizlikler şayet bu sayılan meritokratik ilkelerin sonucu ise adildir. Bu anlatılanlar meritokrasinin dayandığı ilkelerdir.<sup>51</sup>

Meritokrasi, kişisel başarisına göre seçilen kimselerin ilerlemesi etrafında yapılanan bir sistemdir. –okrasi eki, hükümet etmek anlamında Yunancadan türemektedir. Dolayısıyla kavram, kişisel yeteneği ve başarisına bağlı olarak yöneten veya yönetim pozisyonuna ulaşan elit insan grubu kavramını da ortaya çıkarmaktadır (meritokrat). İnsanların yeteneklerine göre seçiminin gerçekleştiği yerdeki sosyal sistemdir. Meritokratlar, bu sistemle yükselen seçkin bir yönetici grup anlamında görülebilir.<sup>52</sup>

Meritokratik bir yönetimde üst mertebelerde yer alan kimseler zeki, alışkan ve mesleki becerileri bulunan kişilerdir. Böylelikle toplum, yetenekli insanlar tarafından yönetilecek ve toplumsal kaynaklar liyakat ve başarının esas alındığı bir değerlendirme sistemiyle paylaştırılacaktır. Birey sadece kendi çaba ve çalışmasıyla yetenekleri ve başarısıyla hak ettiği yerlere veya layık olduğu makama ulaşacaktır.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Prix, s. 3; World Development Report 2006, Equity and Development, The World Bank, 2005, s. 81.

<sup>49</sup> World Development Report 2006, Equity and Development, The World Bank, 2005, s. 81.

<sup>50</sup> Kim/ Choi, s. 117.

<sup>51</sup> Conrad, s. 142-143.

<sup>52</sup> Littler, s. 24.

<sup>53</sup> Senem Nart, “Kamu Kurumlarının DNA’sı Dijital Dönüşüme Hazır mı? Meritokrasi Perspektifinden Bir



Meritokrasi bu olumlu görünümünün yanında yetenekli olmayan kimseleri de uzaklaştıran bir sistemdir.<sup>54</sup> Meritokratik işe alım, seçilenler olduğu kadar hayal kırıklığına uğrayanlar da bırakır.<sup>55</sup> Yetenekli ve ehliyetli görülen seçilecektir, bununla birlikte bir o kadar seçilemeyen de olacaktır. Dolayısıyla meritokrasi hak edişi öne çıkarır, kayırmacılığa karşıdır. Uzmanlar yönetimi olan teknokrasiyi bu açıdan hatırlatmaktadır.

Bununla birlikte meritokratik toplumda çok çalışmak, iyi bir eğitim almak, azim gibi meritokratik unsurların yanında bir şeyi elde etmeye yarayan aile zenginliği, aile geçmişi, güçlü bir sosyal çevreye sahip olmak gibi meritokratik olmayan unsurlar da bulunur. İnsanların –meritokratik bir toplumda da olsa varlığı yadsınamayacak saklı- meritokratik olmayan unsurları fark etmesi şeffaf meritokrasinin sürdürülmesi için önemlidir. Bu saklı unsurlar her ne kadar meritokrasi nepotizm, kayırmacılık ve rüşvetçiliği reddetse de sadece sosyal çevre değil, aynı zamanda insanın kültür veya yaşam yolunun bir meselesidir. Başka bir anlatımla varlığı yadsınamayacak unsurlardır. Bu gerçek, eşit şans toplumunun yaratılmasına hem yardım eder hem de onu gizler.<sup>56</sup> Bununla birlikte savunduğu değerler itibarıyla meritokrasi adil düzeni öngördüğü savıyla desteklenmektedir.

Meritokrasinin teşvik ettiği iki kavram; eşitlik ve kabiliyettir. Kamu hizmetine girişte korumacılık, nepotizm, yolsuzluk ve ehliyetsizlik gibi kavramlara karşıdır. Bireylerin kamu hizmeti pozisyonlarına keyfi atanması yerine rekabet ilkeleri, açık seçim, yeteneklerin itinalı değerlendirilmesi, birtakım yetenek seviyelerine sahip olunması ve işe alım süreçlerinin belirlenmesi ilkelerine önem veren bir sistemdir. Meritokrasi bugün işe alım süreçlerinde eğitim yeterliliğine sahip olunması, genel sınavların geçilmesi ve görev niteliklerinin tatmin edilmesiyle ilişkilendirilmektedir.<sup>57</sup>

Bu yönleriyle toplumun nihai amaçlarını başarmada, en iyisini yapmaları için insanları cesaretlendirmede ve sosyal hareketlilikte (mobilizasyonda) meritokrasi bir araçtır. Ayrıca şeffaf yönetim yoluyla örgütlerde yolsuzluğu azaltır ve insanlar erdem ve yetenekleri doğrultusunda ödüllendirilir. Bununla birlikte bazı çalışmalar göstermektedir ki meritokrasi özellikle sosyokültürel çevreyle birlikte kişinin sosyal geçmişini, yetiştirilme tarzını ve

Değerlendirme”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 8(3), 2019, s. 2844.

<sup>54</sup> Nart, s. 2845.

<sup>55</sup> Thomas J. Bellows, “Meritocracy and the Singapore Political System”, *Asian Journal of Political Science*, 17(1), Nisan 2009, s. 38.

<sup>56</sup> Kim/ Choi, s. 117.

<sup>57</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, s. 6.

ailesine yönelik bir durumu da birlikte gündeme getirmektedir.<sup>58</sup> Başka bir anlatımla meritokrasi aynı zamanda bireyin sahip olduğu miras, içinde yetiştiği sosyokültürel çevre vb. konularla ilgili bir kavramdır. Çünkü meritokrasi ve yeteneğin ortaya çıkarılması kişinin sahip olduğu imkanları gündeme getirmektedir.

Liyakat ilkesinin ilk akla geldiği yerlerden biri kamusal örgütlenmedir. Kamu hizmetlerinin her kesimden vatandaş tarafından yerine getirilebilmesi ve kamu görevine katılımın bütün vatandaşların bir anayasal hakkı olması, kamu görevine alımda ve yükselmeye liyakatin dikkate alınmasını gerektirmektedir.<sup>59</sup>

Liyakat ilkesi, hukuk devleti ve bireyin temel haklarından sosyal ve siyasal haklarla ilgili bir ilkedir.<sup>60</sup> 1982 Anayasasınının 70. maddesinde; “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*” diyerek kamu hizmetine girmede fırsat eşitliğinin tanındığını açıklamıştır. Liyakate ilişkin ise Devlet Memurları Kanunu’nun 3. maddesinin üçüncü fıkrasında açıklama yapılmıştır; “*Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.*” Böylece Türkiye’de kamu personel rejiminin her aşamasına liyakat ilkesinin hakim kılınması amaçlanmıştır.<sup>61</sup>

Özellikle yargı organı mensuplarının seçiminde liyakat ilkesi ve diğer meritokratik ilkelerin üzerinde özenle durulduğu aşıkardır. Bununla birlikte literatürde yer alan bir kavram siyasi meritokrasi kavramıdır. Birçok demokratik teori yargı organı mensuplarının meritokratik araçlarla seçilmesini gerektirmekle birlikte yasama organının oluşumunda meritokratik seçim ilkelerinin kullanımı yalnızca meritokratik teorilerce savunulmakta, demokratik teorilerce savunulmayabilmektedir. Siyasi meritokraside yasama organı mensuplarının bireysel yetenekleri, kişilikleri ve performansları temelinde seçilmesi ve terfi ettirilmesi zorunluluğundan söz edilmektedir. Demokratik teori ile meritokrasi teorisi arasındaki farklara yapılan vurgu neticesinde yabancı literatürde milli veya yerel düzeyde işlev gören kurumlara hakim olacak teoriler açısından farklı görüşler ileri sürülebilmektedir. Örneğin, milli seviyede meritokratik kurumların işlev görmesi, yerel siyasi seviyede

<sup>58</sup> Kim/ Choi, s. 117.

<sup>59</sup> Çamur, s. 462.

<sup>60</sup> Çamur, s. 463.

<sup>61</sup> Yasin Sezer, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(3-4), 2003, s. 159.

demokratik kurumların faaliyette bulunması önerisinin yanında en güçlü yasama kolu olarak görülen senato üyelerinin meritokratik seçim araçlarıyla seçilmesi, alt meclis mensuplarının demokratik araçlarla seçilmesi gibi sistemler önerilmektedir.<sup>62</sup>

Kurumların örgütlenmesi aşamasına ilişkin bu şekilde ayırım doğuran önermeler yanında literatürde demokrasi ve meritokrasinin bir aileden geldiğine ilişkin benzetmeler de bulunmaktadır. Demokrasi, ideal anlamıyla insanların sözde eşitliğini savunur. Meritokrasi ise sosyal eşitsizliği haklı çıkarmaya yarayan bir gerekçedir. Bunun yanında iç içe geçmiş kavramlar olarak da nitelendirilebilmektedirler. Çünkü demokrasi halk tarafından yönetim olarak görülürken meritokrasi hak eden bir grup seçkinin yönetimi olarak tanımlanabilmektedir. Nihayetinde hem demokrasi hem de meritokrasi daha adil bir toplum istediğinden; doğum, miras veya aristokrasiden kaynaklanan keyfi baskının reddi için idealleştirilen isteklerden kaynaklanır.<sup>63</sup>

Meritokrasi teori veya bir sosyal sistem anlamında kullanılırken aynı zamanda genel dünya görüşü oluşturan bir ideolojik söylem<sup>64</sup>, bir ideoloji<sup>65</sup>, birtakım söylemler, kültürel anlamlar, ilişkiler, fikirler, yargılar, karineler, duygular anlamında da kullanılmaktadır.<sup>66</sup> Dolayısıyla birden fazla alanda söylem konusu haline gelebilmektedir. Ama özellikle bir ideoloji veya teori olarak ele alındığında toplumsal düzende yol açtığı farklı durumlar açısından incelenmeyi gerektirir.

Bu incelemede ele alınması gereken konulardan biri, meritokrasinin her açıdan olumlu görülebilecek bir kavram olamayacağıdır. Geniş bir literatür meritokrasi kavramının önemli bir adalet ilkesi olduğunu desteklemektedir. Bir yaklaşım ise meritokrasiyi hiyerarşik bir toplumu meşrulaştırmaya hizmet eden bir ideoloji olarak değerlendirmektedir. Sosyal psikoloji literatürü meritokrasiyi dağıtıcı adaletin bir türü olarak kavramsallaştırmıştır. Diğer taraftan daha yakın araştırmalar bir ideoloji olarak meritokrasiyi kavramsallaştırmanın, toplumda eşitsizliği meşrulaştırmaya hizmet edebildiğine işaret eder. Aynı zamanda insanların statükoya reaksiyon üretmesini etkilediği iddia edilebilmektedir.<sup>67</sup> Çünkü meritokrasi bazı olumlu sonuçlar yaratmanın yanında kimi olumsuz sonuçlara da yol açabilmektedir. Toplumun nihai amaçlarını başarmada insanların en iyisini yapmaları için onları

<sup>62</sup> Zilliotti, s. 246-247.

<sup>63</sup> Aundra Saa Meroe, "Democracy, Meritocracy and the Uses of Education", *The Journal of Negro Education*, 83(4), 2014, s. 485.

<sup>64</sup> Littler, s. 9; Giriş

<sup>65</sup> Kim/ Choi, s. 112; Int.

<sup>66</sup> Littler, s. 24.

<sup>67</sup> Hing ve diğerleri, s. 433-434.

cesaretlendirmede ve sosyal hareketlilikte (mobilizasyonda) meritokrasi bir araçtır. Ayrıca şeffaf yönetim yoluyla örgütlerde yolsuzluğu azaltır ve insanlar erdem ve yetenekleri doğrultusunda ödüllendirilir. Bununla birlikte bazı çalışmalar göstermektedir ki meritokrasi özellikle sosyokültürel çevreyle birlikte birinin sosyal geçmişi, yetiştirilme tarzı ve ailesine yönelik bir odakla el ele gider.<sup>68</sup> Zira yetenekli olanların yetenekli olmayandan ayrılması faaliyeti maddi olanakları sayesinde iyi bir eğitim alabilen kimseyi, iyi eğitim alamamış ya da kendi yeteneklerini keşfetme imkanını elde edememiş kimseden ayırma faaliyetidir.

Liyakate dayanan sonuçların statükoyu kuvvetlendirdiği ve değerlendirme sürecinin kontrole eğilimli olan baskın grupları gözetdiği şeklinde yorum yapılabilmektedir. Miras, sosyal avantajlar, ayrımcılık gibi faktörler liyakate dayanan sonuçları etkilemektedir. Bu sebeplerden dolayı meritokrasi destekçilerinin bilerek veya bilmeyerek sosyal eşitsizliğin meşrulaşması ve sürmesine yardım etmeleri ve bir tür hegemonyanın sürdürülmesi söz konusudur.<sup>69</sup>

Meritokrasi şu varsayımlarla ilgilidir: Meritokraside toplumun çekirdeğini soyut insan (münferit birey) oluşturur. Bireyin grup ilişkileri meritokraside bireyin başarı sıralamasında konu dışıdır. Bireyler eşit oranda yetenekli değildirlir. Yetenek ölçülebilirdir. Münferit bireylerin toplanmasından oluşan toplum, en yetenekli bireylerin topluma verdiği katkının eşit olmayan paylaşımıyla sonuçlanmasını adaletsiz görmez. Bu bireylerin yapabildiklerinden yararlanılırken bireyler bir bütün olarak toplumun sunduğu statü, güç ve zenginlikten orantısız bir pay elde edebilirler.<sup>70</sup>

## II. FARKLI ÜLKELERDE MERİTOKRASİYE KARŞI YAKLAŞIMLAR

Meritokrasinin en yaygın şekilde uygulanma alanı bulunduğu yerlerden biri olarak Amerika Birleşik Devletleri görülmektedir. Amerika'nın çok göç alan ve fırsatlar sunan bir ülke olarak nitelendirilmesinin sebeplerinden biri, Amerika'da meritokrasinin mümkün olduğunca işletildiğine duyulan inançtır.<sup>71</sup> Kuzey Amerika'daki bu meritokrasi uygulaması "Amerikan rüyası" kavramıyla anılmaktadır. Amerikan rüyası olarak tabir edilen bu fikir, yeteneğine göre herkese sistemde yer verilmesine ilişkindir ve Thomas Jefferson tarafından "bir erdem ve yetenekler aristokrasisi"<sup>72</sup> şeklinde ifade edilmiştir.

Amerikan Rüyası olarak tabir edilen bu ideal durumun çekirdek değerleri; bireylerin

<sup>68</sup> Kim/ Choi, s. 117.

<sup>69</sup> Hing ve diğerleri, s. 433.

<sup>70</sup> Conrad, s. 143.

<sup>71</sup> Topdemir/ Öncer, s. 565.

<sup>72</sup> Littler, s. 26.

kendi bağımsız kararları ve eylemleri temelinde başarılı olabilmesi, bu başarının ahlaki erdeme dayanması ve şans eşitliğinin köken ve sosyal aidiyete bakılmaksızın herkese uygulanmasıdır.<sup>73</sup>

Meritokrasi kavramının Kuzey Amerikan kavrayışında da temel kavramlardan birini oluşturan şans eşitliği, bireysel amaçların gerçekleştirilmesinde yasal engellerin ya da yasal eksikliğin olmamasını vurgulamaktadır. Bu durum hukuk tarafından düzenlenen ve güvence altına alınan hak eşitliğiyle sağlanmaktadır. Bütün insanlar kamusal alanda, siyasi yaşamda ve hukuk önünde haklarda ve statülerde eşit kabul edilir. Buna göre Kuzey Amerika bağlamında eşitlik; insanların güç, statü veya mülk açısından maddi eşitliğinin var olduğu bir sosyal düzeni gerektirmemektedir. Böyle bir şans eşitliği kavramı bütün insanların eşit doğması ve eşitlik içinde yaşaması anlamına gelmez; fakat kendi menfaatlerinin peşinde koşarken yeteneklerini uygulayabilecekleri aynı şansa sahip olabilmelerini ifade eder.<sup>74</sup>

Kamu yönetimi alanında liyakat ilkesini sistemli bir şekilde uygulayan ilk ülkelerden biri olan Amerika Birleşik Devletlerinde meritokrasinin temelini bazı yasalar oluşturmaktadır. Buna göre 16 Ocak 1883 yılında kabul edilen Pendleton Kanunu ile oluşturulan personel sisteminde liyakat ilkesi önemli dayanaklardan biridir.<sup>75</sup> Yine ABD’de liyakatin kamu yönetiminde hakim olması amacıyla 1978 yılında “Liyakat İlkesi Koruma Kurulu” oluşturulmuştur. Kurulun görevi, liyakat ilkesinin ve hukuk kurallarının yönetim tarafından uygulanıp uygulanmadığını denetlemektir.<sup>76</sup> Bağımsız bir kurul olan ve bağımsız idari otorite niteliğine sahip olan<sup>77</sup> Liyakat İlkesi Koruma Kurulu’nun düşünsel temelleri de bu 1883 tarihli Pendleton Act’te bulunmaktadır. Kurul, kamu personel uygulamalarının liyakat ilkesine uygun olup olmadığını incelemekle yetkilidir ve kamu idarelerinin kamu personeli üzerinde istismarını önleme çabasını taşımaktadır. Tarafsızlık esasına dayalı olan Kurula, görevden alma, maaşların veya statülerin düşürülmesi, 30 günden fazla geçici olarak işten çıkarma, performansla bağlı olarak personelin statüsünde ya da maaşında değişiklik yapma gibi liyakat

<sup>73</sup> Meroe, s. 487.

<sup>74</sup> Neves, s. 337.

<sup>75</sup> Kanun; federal hükümet çalışanlarının rekabete dayanan sınavlar yoluyla seçileceği ve kamu çalışanlarının liyakat esasıyla göreve getirilip liyakat temeliyle denetlenebileceğini, siyasi sebeplerle işten çıkarılmalarının veya derecelerinin düşürülmesinin hukuka aykırı kabul edileceğini ilan etmektedir. <[<sup>76</sup> Çamur, s. 465.](https://www.archives.gov/milestone-documents/pendleton-act#:~:text=The%20Pendleton%20Act%20provided%20that,were%20covered%20by%20the%20law>”, Erişim Tarihi 06.06.2022; Çamur, s. 465.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>77</sup> Namık Kemal Öztürk, “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu”, *Türk İdare Dergisi*, 435, 2002, s. 136.

ilkesine aykırı uygulamalara karşı Şikayette bulunmaktadır.<sup>78</sup>

ABD’de liyakat sistemi yürürlüğe girmeden önce kamu görevlilerinin iktidarla birlikte tümüyle değişmesini öngören ve ganimet sistemi olarak anılan kayırma sistemi uygulanmıştır. 1789-1829 yılları arasında hakim olan Centilmenler döneminden<sup>79</sup> sonra kayırma sistemi uygulanmaya başlamış ve 1883’te Pendleton Act yürürlüğe girene kadar uygulanmaya devam etmiştir. Bu sistemde iktidarın değişmesiyle birlikte tüm kamu görevlileri de değişiyor ve kamu görevleri ganimet sayılıyordu.<sup>80</sup> Bu sistemi savunanlara göre demokrasinin gereği olan kayırma sisteminde seçimi kazanan siyasi parti kamu görevlerine kendi taraftarlarını yerleştirmekte, iktidara taraftarları ile birlikte gelmekte ve onlarla birlikte iktidardan gitmektedir.<sup>81</sup> ABD’de de Başkan, kendi taraftarlarıyla birlikte gelmiş ve yine kendi ekibiyle birlikte ayrılmıştır. Ancak 1883 tarihli Civil Service Act (Pendleton Act) ile ganimet sistemine sınırlandırma getirilmiştir.<sup>82</sup> Kayırma sisteminde memurlar devletin değil, siyasi iktidarın görevlileridir. Siyasi iktidarın istemediği hallerde kamu görevlileri her zaman görevden atılabilirler.<sup>83</sup>

1883’te Pendleton Act’in yürürlüğe girmesiyle kayırma sistemi bir anda bırakılmamış, zamanla bu sisteme tabi kamu görevleri azaltılarak sistem terk edilmiştir. Pendleton Act’in uygulanmaya başlandığı ilk yıllarda bu sisteme tabi görevler % 100 oranındayken zamanla % 1’e düşürülmüş, liyakat sistemine tabi kamu görevleri ise sürekli artırılarak % 99 seviyelerine çıkarılmıştır.<sup>84</sup>

Loriz A. Alvarado’ya göre Amerikan toplumu meritokrasi ve Amerikan rüyası idealiyle iş görmektedir. Meritokrasi, kim ve nasıl biri Amerikan rüyasını başarır sorusunu cevaplamaktadır. Amerikan rüyası ideolojisine göre Amerika, yetenekleri elverdiği ölçüde başarılı olabilecek bireylerin bulunduğu sınırsız fırsatlar ülkesidir.<sup>85</sup> Dolayısıyla sistemin tam anlamıyla işlediğine dair güçlü bir inanç bulunmaktadır.

<sup>78</sup> Mutlu Yıldırım, “Kamu Yönetiminin Kadim Paradoksu: Nepotizm ve Meritokrasi”, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 11(2), 2013, s. 376-377.

<sup>79</sup> Centilmenler dönemi; federal devletin kuruluş aşamasında yaşanmış ve siyasi katılımın oldukça sınırlı olduğu bir dönemdir. Bu dönemin temel özellikleri; nepotizmin mevcudiyeti ve en üst yöneticiye siyasi bağlılığın önemli olmasıdır. Kamu görevlerine atanmada kan bağına göre tercih ne çıkarılmıştır. Nispeten seçkin kimselerin yönetim kademelerine getirilmesinden dolayı Centilmenler Dönemi olarak anılmaktadır. Süha OĞuz Albayrak, “ABD Kamu Personel Rejiminde Esnek İstihdam (At-Will Employment) EĞilimi”, *Mülkiye Dergisi*, 40(2), s. 47-48.

<sup>80</sup> Uz, s. 72.

<sup>81</sup> Bilal Eryılmaz, “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 26(4), 1993, s. 87.

<sup>82</sup> Sezer, s. 161.

<sup>83</sup> Eryılmaz, s. 87; Uz, s. 72; dn. 40.

<sup>84</sup> Uz, s. 75.

<sup>85</sup> Alvarado, s. 12.

Alvarado'nun belirttiği üzere ve başka yazarlarca da kaleme alındığı şekilde Amerika'da %77 gibi yüksek bir oranla insanlar zengin olmanın çok çalışmaya bağlı olduğuna veya çok çalışmanın başarılı olmadaki en büyük etken olduğuna inanmaktadır.<sup>86</sup> Bu inancın bulunması dahi işe alınmada liyakatin hakim olduğunun bir göstergesidir. Aksi olsaydı Amerikalılar çok çalışmanın başarı getireceğine bu şekilde yüksek bir oranla inanmazdı.

Amerika'da yapılan anket araştırmaları, Amerikalıların meritokratik ethos'u (değerler sistemini) uygun bulduğunu göstermektedir.<sup>87</sup> Bununla birlikte Amerikan toplumunun meritokratik bir sisteme sahip olmadığı; ancak sanki sahipmiş gibi bir mit yaratıldığı sesleri de yine Amerika içinden çıkabilmektedir.<sup>88</sup>

Farklı tür itirazlara göre ise ABD'de yaygın meritokratik değerlerin kabulü, sosyal tabakalaşmadaki gerçek durumları gizlemekte ve kaynak ile gücün eşitsiz dağılımının göz ardı edilmesine yol açmaktadır.<sup>89</sup>

Liyakatin temel alınmasına yönelik bir başka eleştiriye göre, meritokraside her bir insanın değer ölçüsü doğrudan objektif olarak başardığı üretilmişle ilişkilendirilmektedir. Çünkü bu diğer insanların başarılarıyla karşılaştırma yapmaya izin vermektedir. Halbuki performansa dayalı değerlendirme, Amerikan toplumunda olduğu gibi insanların kazananlar ve kaybedenler şeklinde ikiye bölünmesine yol açar. Kazananlar, başarı temelinde bağımsız ve rahat yaşama kavuşurken kaybedenler isteklerini gerçekleştiremeyenlerdir. Herkese aynı fırsatların verilmesi söz konusu olduğundan kaybedenlerin meşru olarak şikayette bulunmaları mümkün değildir. Amerikan toplumunda bu şekilde performans değerlendirmesi ve şans eşitliğine dayanan meritokratik sisteme siyahiler, feministler veya diğer azınlık gruplarınca yoğun eleştiri getirilmektedir. Çünkü onlara göre şans eşitliği hiçbir zaman var olmamaktadır. Bununla birlikte bazı siyahi gruplar tarafından; meslek ve mükafatların elde edilmesi sürecinde siyahilere imtiyaz tanınmasının, dolaylı bir şekilde onların düşüklüğünün ileri sürülmesi olduğu iddia edilmektedir.<sup>90</sup>

Meritokrasi kavramı, Amerikan Rüyası ile çokça ilişkilendirilmekle birlikte bir kısım yazarlar tarafından meritokrasi kavramının öncelikle Asya'da ortaya çıktığı iddia

<sup>86</sup> Alvarado, s. 12.

<sup>87</sup> Emilio J. Castilla, Stephen Benard, "The Paradox of Meritocracy in Organizations", *Administrative Science Quarterly*, 55(4), 2010, s. 543.

<sup>88</sup> Alvarado, s. 10.

<sup>89</sup> Meroe, s. 488.

<sup>90</sup> Neves, s. 338-341.

edilmektedir. Buna göre Batılı toplumların meritokratik uygulamalarından önce Doğu'da bu kavram bilinmekteydi. İddialar; liyakat kavramının Konfcysu metinler aracılığıyla Batı'ya geldiği ve öncelikle Çin'de ortaya çıktığını ne sürmektedir.<sup>91</sup>

Bu iddialara göre Çin, meritokratik yönetimi kamu sektörüne uygulayan ilk ülkedir. Çin, Tayvan gibi ülkelerde meritokratik sistemin daha yerleğik olduğu iddiasına dayanak olarak gösterilebilecek uygulama kamu personelinin sınava dayalı olarak işe/göreve alınmasıdır.<sup>92</sup>

Aundra Meroe'ye göre de meritokratik idealler (ilkeler) köklerini Han Hanedanlığında olduğu gibi Çin uygarlaŐmasında kurumsallaŐan Konfcysu değerlerde bulur. Bu sosyal reformlar aile mirasına dayanan bir yönetici sınıfın yerini eğitim başarısı, rekabetçi sınavlar ve birinin görev performansı aracılığıyla görünen liyakate dayalı sivil bürokrasinin alması için yapılmıştır. Meritokratik fikirler nihayetinde eski rejimin sınırlarının ötesinde sosyal düzeni yeniden oluşturmak için Voltaire gibi Avrupalı Aydınlanma dŐnrlerincede uyarlanmıŐtır ve Avrupa ve ABD'de meritokrasinin gündelik uygulanıŐı yolsuzluk ve siyasi kayırmacılığa karşı koruyucu önlemler olarak kamuda uygulanmıŐtır.<sup>93</sup>

Meritokrasiyi kuvvetli bir Şekilde uygulayan ülkelerden biri olarak görülen bir başka lke Singapur'dur. Meritokrasi, Singapur siyasal sisteminde tamamlayıcı bir bileŐen olarak nitelenmektedir. Meritokrasiyi en yoğun Şekilde uyguladığı iddia edilen Singapur'da karar alıcılar veya yetkili kimseler ehliyet sahibi bir gruptur. Sistem, o ölçüde liyakat sahibi kimselerin elindedir ki bu kimselerin yaŐamlarına tehdit geldiğinde ülkenin kaosa srklenebileceği iddia edilmektedir. Bununla birlikte Singapur'un sosyoekonomik durumu, demokrasi tecrübesi gibi halihazırda içinde bulunduğu duruma ilişkin baŐarılar, bir grup siyasal elit tarafından alınan yerinde siyasal kararların sonucuna bağlanmaktadır. Singapur, kişi başına düşen Gayri Safi Milli Hasıla oranı yüksek ve enflasyon oranı düşük olan nispeten zengin<sup>94</sup> bir ülkedir. Bu başarının temeli olarak tamamen liyakat esasına dayanan bir Şekilde kişilerin işe alınmaları ve bu bireylerin işe alınmadan önceki seçim sürecinin ayrıntılı olması üzerinde durulmaktadır.

Meritokrasinin iyi uygulandığı ülkelerden biri olduğu iddia edilen Singapur'da en önemli görülen işlerden biri işe alım veya kamuda, siyasette karar mercilerine alınacak kimselerin seçimidir. Denilebilir ki Singapur'da meritokrasinin sürdürülme araçlarından biri

---

<sup>91</sup> Kim/ Choi, s. 112; Int.

<sup>92</sup> Kim/ Choi, s. 116.

<sup>93</sup> Meroe, s. 487.

<sup>94</sup> Bellows, s. 26-30.



üst düzey kamu görevlerinde yer alanların kendilerinden sonra gelecek olanları seçme veya belirleme faaliyetidir. O kadar ki yeni kabinenin göreve gelişini takiben başbakan yenilenmenin aciliyetinden söz edebilmekte, kendi yaş durumunu göz önünde bulundurarak bir an önce yeni ve genç karar alıcıların belirlenmesi/seçilebilmesinin en acil işlerden biri olduğu ve kaybedilecek zamanın olmadığını ilan edebilmektedir.<sup>95</sup>

Singapur'da işe alım sıklıkla yenilenme olarak tanımlanır. Burada bir meritokratik elitin, geleceğin siyasi meritokratik elitini belirlediği iddia edilmektedir. Singapur'da; özel sektör, sivil toplum veya kamu sektörü gibi her alandan potansiyel yeteneklerin keşfedilmesi üzerine dayalı bir potansiyel karar vericileri tespit etme yöntemi uygulanmaktadır. Dolayısıyla gelecek dönemlerin elitleri veya karar vericileri farklı alanlardan aranmaktadır. Bu faaliyette gayri resmi çay toplantılarında adayların test edilmesi veya 1000 soruluk psikolojik testlere tabi tutulmaları gibi farklı yöntemler uygulanmaktadır. Bütün bu ayrıntılı usullerin önemi liyakatin arandığını göstermesindedir. Halkın Eylem Partisi için aday arama prosedürüne, bu kapsamda görüşmeler yapılmasına genel seçimler yapılır yapılmaz yeniden başlanmaktadır.<sup>96</sup>

Halkın Eylem Partisi, ülkenin bağımsızlığını kazandığı tarihten beri iktidarda olan bir partidir. Singapur'da Halkın Eylem Partisinin 1959'dan bu yana iktidarda kalabilme başarısı onun meritokrasiye kararlı bağlılığına ve politik ve ekonomik sistemden yolsuzluğun dışlanması yanında izlediği yöntemin parçası olarak gelecek planlarını (5 ila 10 yıl arası bir planlama) uyarlamadaki başarısına bağlanmaktadır.<sup>97</sup>

Singapur'da 1959 yılından bu yana seçimler düzenli olarak yapılmaktadır. Halkın Eylem Partisinin (People Action Party) ülkenin Malezya federasyonundan bağımsızlık yılı olan 1965'ten sonra günümüze kadar seçimlerde aldığı oylar % 59.3 ile % 86.7 arasında olmuştur. Partinin bu başarılarına kaynaklık eden nedenlerden biri her bir seçimde yeni adayların işe alınmasıyla sürekli yenilenmedir.<sup>98</sup>

Grup Temsil Meclisi (The Group Representation Constituency), Halkın Eylem Partisi adaylarının işe alımını sağlayan küçük meclislerdir. Bu gruplar, üstün yetenekli parti adaylarının işe alımını sağlayarak önemli bir kurum olmaya başlamıştır. Sayıları birden fazla olan bu meclisler 1988 Parlamento seçimlerinden önce kurulmuştur. Her bir mecliste bir aday

<sup>95</sup> Bellows, s. 38.

<sup>96</sup> Bellows, s. 34-36.

<sup>97</sup> Bellows, s. 28.

<sup>98</sup> Bellows, s. 28-29.

Hindu, Malay veya başka bir azınlık grubun mensubu olmak zorundadır<sup>99</sup>.

Bununla birlikte Singapur'un meritokratik sisteminde din, dil veya toplum göz önünde tutulmaksızın kişilerin niteliğine ödün vermez bir şekilde odaklanılmaktadır.<sup>100</sup> Başka bir ifadeyle bireylerin akademik nitelikleri ve iş performansları, sahip oldukları diğer özelliklerin önüne geçmekte ve bireylerin seçim sürecine o kadar odaklanılmaktadır ki burada karar alımını etkileyecek diğer unsurlardan uzak durulmaktadır.

Meritokraside; göze çarpan, üstün başarılı, doğuştan yetenekli kişilerin birer elit olacağı varsayılır. Singapur'da elit, öncelikle akademik mükemmellik ve sonra meslek başarısıyla algılanmaktadır.<sup>101</sup> Bu nedenle bu ülkede akademik yetkinliğe büyük önem verilmektedir.

Sistemde aynı zamanda işe alınanların mevcut konumlarında devam etmelerini sağlamaya yönelik tedbirler de uygulanmaktadır. Singapur Hükümeti, 1972'den itibaren üstün başarılılar için kayda değer maaş artışlarını devreye sokmuştur. Yüksek kamusal mevkilerde yer alan görevlilere ödenen maaş formülünde üst özel sektör meslek mensuplarının kazandığı miktar üzerinden bir belirleme yapılmaktadır.<sup>102</sup>

Meritokrasi kavramı Singapur Parlamentosunda ilk defa 1971 yılında kullanılsa da<sup>103</sup> ülkede meritokrasiye olan inanç kuruluşundan bu yana sürmektedir. Singapur'da Halkın Eylem Partisinin kurucu üyeleri veya teorisyenleri meritokrasiye inanmış isimlerdir. O kadar ki bazı Singapurlu diplomatlara veya devlet adamlarına göre demokrasi değil, meritokrasi bir ülkenin iyi bir yönetime sahip olup olmadığını belirleyendir.<sup>104</sup>

Fakat Singapur'da mevcut rejim içinde yoğun bir şekilde uygulanan meritokrasiye ülke içinden hiç karşı çıkışın olmadığı da söylenemez. İktidardaki parti içinden de mevcut sistemde zengin ve elitlerin kayırıldığı iddia edilebilmekte ve Parlamento adaylarının seçimi ve mevcut sistem kriterlerinde değişiklik talepleri yükselbilmektedir.<sup>105</sup>

Singapur örneği üzerinden liyakat esasına yöneltilen bir eleştiri, en iyi ve en parlakların işe alımına odaklanmanın bazen yönetimdeki partiye muhalif veya apolitik

---

<sup>99</sup> Bellows, s. 29.

<sup>100</sup> Bellows, s. 38.

<sup>101</sup> Bellows, s. 27.

<sup>102</sup> Bellows, s. 36-37.

<sup>103</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Meritocracy-PSE.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022, s. 4.

<sup>104</sup> Bellows, s. 31-32.

<sup>105</sup> Bellows, s. 39.

kişilerin işe alımı anlamına gelebileceğidir. Yine bu sistemin bir yan etkisi, büyük muhalefeti ortaya çıkaracak eleştirel bir kitle yaratmamasıdır. Siyaset alanında hareketlenmeyi başlatacak ve gelişmiş siyasi alternatif olacak bir siyasi muhalefetin doğması bu sistem içinde imkansız olmaya başlamıştır. Zira iktidardaki Halkın Eylem Partisi gelecekte muhalif olabilecek parlak zihinleri kendine üye seçmede uzmandır. Dolayısıyla Singapur'un sosyal ve ekonomik başarıları değişimin muhtemel olmadığı anlamına gelmektedir. Zira Singapur'da 1965'ten bu yana Halkın Eylem Partisinin yeniliklere uyabilmesi, ülkede büyüyen çoğulculuğa izin vermektedir. Bunun sonucunda bir muhalefet örgülenmesi de doğmamaktadır.<sup>106</sup>

Meritokrasiye ilişkin farklı bir değerlendirme de Brezilya'da yapılmıştır. Bu ülkede de meritokrasi uygulaması görece eski bir tarihe sahiptir. Brezilya'da hem özel sektör hem de kamu sektörü meritokratik alanlar olarak yapılandırılmıştır. İngiltere ve Amerika'nın ganimet sistemi uygulamalarından önce, 1824'ten beri, Brezilya'da, kamu hizmetine girişte meritokratik kriter uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu Güney Amerika ülkesinde ABD'den önce meritokrasi uygulaması başlamıştır. Meritokratik kriter Brezilya'da dikey hareketliliği sağlayacak şekilde 1936 yılında modern kamu yönetimi devrini başlatan 284 numaralı Kanunla da yerleştirilmiş, güvence altına alınmıştır. Ülkede özel sektör de performans değerlendirme sistemleri etrafında örgütlenmektedir. Ekonomideki neoliberal görünüm, uluslararası rekabetin büyümesi ve dev çok uluslu şirketlerin mevcudiyeti birlikte performansa dayalı örgütlenmeyi yani meritokrasi ideolojisini merkezi bir konu haline getirmeye başlamıştır.<sup>107</sup>

Bununla birlikte meritokrasiye karşı hiç eleştiri yöneltilmemiş de değildir. Brezilya'da meritokrasi ve performans değerlendirmesine; otoriter, dışlayıcı/ayırıcı, dikey olarak yurttaş haklarını tehdit eden araçların uygulanmasını zorladığı ve sözde homojen olan bütüne düzensizliği getirdiği için eleştiriler yöneltmiştir. Meritokrasi ve değerlendirme sistemlerine karşı çıkanlara göre bu tarz araçlar performans farklılıklarını ölçmemekte, yurttaşlık niteliğinde farklılaşmaya yol açmaktadır.<sup>108</sup>

Pinheiro Neves'in çalışması, meritokrasi uygulamasının her toplumda birbirinin tıpatıp aynısı olamayacağını veya meritokrasi ideolojisinin aynı şekilde kavranamayacağını örneklendirmektedir. Yazar, ABD, Japonya ve Brezilya toplumlarının toplumsal kültürlerinde var olan inanç ve algılayış farklılıkları nedeniyle her toplumun meritokrasi ideolojisinin

<sup>106</sup> Bellows, s. 39-41.

<sup>107</sup> Neves, s. 344-345.

<sup>108</sup> Neves, s. 345.

kapsamının farklılaşacağını göstermektedir. Örneğin, Kuzey Amerika’da başarı ya da başarısızlık doğrudan bireye bağlanırken Japonya’da birey dahil olduğu gruba katkısı oranında erdemli kabul edilmekte, Brezilya’da ise bireyin içine doğduğu toplumsal koşullar bütün bir tarihsel ve toplumsal düzenin sonucu olarak kabul edilmektedir.<sup>109</sup> Bu çerçevede Neves’e göre Brezilya meritokrasisi Kuzey Amerika’da olduğuna göre, minimum seviyede liyakate dayalıdır ve bir hiyerarşi aracı değildir.<sup>110</sup>

Neves’in yorumunu destekler şekilde meritokrasi uygulamasının ülke ve toplum koşullarına bağlı olduğunu gösterir bir örnek olarak yüzyıllarca derin bir tabakalaşmayı tecrübe eden Hindistan işaret edilebilir. Hindistan’da genel olarak işe alım sınav veya inceleme üzerinden yapılırken bağımsızlıktan kısa süre sonra yeni yapılan Hindistan Cumhuriyeti Anayasasında kamu hizmetine girişlerde düşük kattan gelen adaylar için minimal oranda belli kota ayrılarak bir tercih sistemine yer verilmiştir. Bu tercih sistemini savunanların argümanına göre toplumda eşitsizliğin azaltılması genel olarak üst sınıf kattan kamu görevlilerinin etkili tekelinin kırılmasına bağlıydı. Buna göre adalet dağıtımında ve hükümet yardımlarının paylaşılmasında üst kasta ilişkin önyargı yalnızca, daha az imtiyazlı geçmişlerden gelen kamu görevlilerine sahip olunmasıyla değiştirilebilirdi.<sup>111</sup> Bu bakış açısına göre seçim sistemi ve liyakat esası yalnız başına adalet hizmet eden bir araç olmaya yeterli değildir, daha adil bir düzen için belli grupların baskınlığını kırmaya yarayacak kota sisteminin uygulanması gerekir.

Birçok devlette meritokrasi ideolojisi anayasa veya yasalar düzeyinde kendine yer bulabilmiş olsa da bu ideolojinin belli bir toplumsal uygulamayla özdeşleştirilerek kullanımı örneği ABD’ye aittir. ABD’de Amerikan Rüyası olarak isimlendirilen yetenek ve çabaya dayalı olarak başarının elde edildiği meritokrasi bazı kesimlerce savunulmakla birlikte içine doğulan ailesel ve sosyoekonomik faktörlerin çocuğun gelecek yaşamını belirlediği fikri de kuvvetli bir itiraz konusunu oluşturmaktadır. Bu iddialardan bir kısmı eğitim sisteminin sosyal eşitsizlikleri sürdürdüğü yönündedir. En önemli performans değerlendirme araçlarından biri akademik yetenektir; ancak her çocuk eşit eğitim fırsatlarına sahip olamamaktadır. Amerikan Rüyası ve meritokrasi ideolojisi eğitim eşitsizliği ve onun yıkıcı etkilerinin gözden kaçırılmasına izin vermektedir.<sup>112</sup> Halbuki eşitlikçiler tarafından da kabul

<sup>109</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Livia Martins Pinheiro Neves, Putting Meritocracy in its Place: The Logic of Performance in the United States, Brazil, and Japan”, *Critique of Anthropology*, 20(4), 2000.

<sup>110</sup> Neves, s. 346.

<sup>111</sup> Amartya Sen, “Merit and Justice“, Kenneth Arrow, Samuel Bowles, Steven N. Durlauf (Ed.), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton University Press, 2000, s. 10.

<sup>112</sup> Meroe, s. 493.

edildiği üzere eğitim, bir insanın yeteneklerini geliştirmesinin temel araçlarından biridir.<sup>113</sup> Bu ifadelerin de gösterdiği gibi meritokrasi, kusursuz bir örgütlenme tarzını gerçekleştirmemektedir. Devam eden bölümde meritokrasinin beraberinde getirdiği olumsuzlukların neler olduğu üzerinde durulacaktır.

### III. MERİTOKRASİNİN OLUMSUZ YANLARI

Meritokrasi, herkese şans eşitliğinin tanınması suretiyle yetenek ve çabasını kullananların yani hak edenlerin, ehil oldukları işe sahip olmalarını güvence eden, böylece toplumsal kaynakların paylaşılmasında adil bir düzeni hedefleyen bir ideolojidir. Aynı zamanda işin ehline verilmesi suretiyle işlerin laykıyla yerine getirilmesi ve toplumsal verimliliğin sağlanmasını güvence eder. Bu suretiyle meritokrasi arzulanan bir ideoloji ve düzen kurucu ilkeler bütünü olmasına rağmen beraberinde getirdiği bazı olumsuzluklar da söz konusudur. Jonathan Mijs ve Mike Savage'a göre tam da meritokrasinin rehber siyasal ilke olarak benimsendiği zamanda gelir ve refah eşitsizliği de artmıştır. Bu nedenle meritokrasi tamamen bir seçkinler projesidir (elitist proje). Zira meritokrasi yetenekli ve seçkin olanların başarısını garanti etmekte, toplumun diğer kesimlerini göz ardı etmektedir. Bu nedenle bir seçkinler projesi haline gelmektedir. Aynı zamanda Mijs ve Savage'a göre meritokratik fikirler eşitsizliğe karşı değildir, yalnızca ayrımcılığa karşıdır. Toplumda herkesin şans eşitliğini sağlama arzusuyla herkese fırsatları kullanma olanağı verilmektedir. Ancak nihayetinde herkes toplumsal kaynakların paylaşımından eşit oranda yararlanmamakta, hak ettiği kadarıyla pay almaktadır. Bu nedenle meritokrasi *milli toplumu denkleştirmeye çalışan bir tür sosyalizm* olarak nitelendirilebilmektedir.<sup>114</sup>

Kimilerine göre meritokrasi sosyal gruplar arasında eşitsizliğin sürmesine hizmet eden, dolayısıyla hiyerarşiyi kuvvetlendiren bir ideolojidir. Statü, güç ve zenginliğe sahip olanlar karşılığını hak eder, zayıflarsa eksik çalışmalarından dolayı kendi kaderlerini çizerler. Meritokrasi fikri bu nedenle Protestan çalışma ahlakının söylediği sıkı çalışan insan başarır inancıyla uyumlu görülmektedir.<sup>115</sup>

Bununla birlikte bütün toplum kesimleri arasında eşit rekabet imkanının olduğunu garanti edebilmek güçtür. Zira kaynak paylaşımından yüksek pay alan kesimde doğmuş ve yetişmiş olan bireyler ile tam tersi bir durum içinde yetişmiş bireylerin eşit rekabet içerisinde

<sup>113</sup> Zilliotti, s. 266.

<sup>114</sup> Jonathan J.B. Mijs, Mike Savage, "Meritocracy, Elitism and Inequality", *The Political Quarterly*, 91(2), 2020, s. 397-399.

<sup>115</sup> Hing ve diğerleri, s. 434.

olduklarını iddia etmek mümkün değildir. Dolayısıyla meritokrasinin seçkinlerle diğer insanların eşit rekabetini reddettiği söylenebilir. Bu nedenle meritokrasi eşitliğe bir tehdit olarak düşünülebilir, çünkü yönetimde ve toplumda bir azınlığın baskınlığını meşrulaştırmaktadır.<sup>116</sup> Seçkinlerin hükümranlılığını garanti etmektedir. Son-hoor Tan'ın anlatımıyla seçkinler de John Locke gibi bazı klasik liberal siyaset filozofları tarafından savunulan temel veya içsel insan eşitliğine inanabilirler; ancak kendileri ve diğer insanlar arasındaki nesnel rekabete karşı oldukları ileri sürülebilir.<sup>117</sup> Başka bir söylemle seçkinlerin nesnel rekabet içerisinde olmayacakları aşikardır.

Meritokrasinin toplumda tabakalaşmayı artırmasının bir örneği ve aynı zamanda meritokrasi idealizmine bir engel, insanların zirveye çıktığında önceliklerini kendi altsoylarını korumaya yöneltmesidir.<sup>118</sup> Bu durumun en açık örneği eğitim alanında gösterilebilir.

Meritokrasi, bireyin başarısı üzerine kurulu bir sistem olduğundan başarının temelini oluşturan eğitim, meritokrasinin çekirdek konularındandır. Eğitim aynı zamanda meritokraside değerlendirme sürecinde kullanılan unsurlardan biridir. Meritokrasi, eğitimde fırsat eşitliğinin sağlanmasıyla toplumsal adaletin de sağlanacağını öngörür. Ancak, eğitimde fırsat eşitliğinin sağlanması toplumda geçmişten gelen her tür eşitsizliğin ve dezavantajlı olma durumunun -örneğin sonraki kuşaklara aktarılan ekonomik olanaksızlıklar- yok edilmesini sağlamamaktadır.<sup>119</sup> Bazı insanlar için diğerlerine göre merdivenleri tırmanmak daha zordur. Meritokrasi bu gerçeği ihmal etmektedir.<sup>120</sup>

Meritokrasiye yöneltilen en kuvvetli eleştirilerden biri, meritokrasi inancının bireyler ve gruplar arasında mevcut statü farklılıklarını meşrulaştırması ve statünün gerekçelendirilmesine yardım etmesidir. Buna göre hiyerarşi ve statü bireylerin yeteneklerine dayanıyorsa mantıksal çıkarım şunu söyler; yüksek statüde olan kimse daha düşük statüde olanlardan daha yetenekli, değerli, çalışkan veya daha meziyetli olmak zorundadır.<sup>121</sup> Dolayısıyla meritokrasiyle fırsat eşitliğinin sağlandığı ve adil bir eleme mekanizması oluşturulduğu, başarısızlık mevcutsa bunun bireyden kaynaklandığı iddia edilmektedir.<sup>122</sup> Bu düşüncüyü kuvvetlendiren bir kaynak, Shannon McCoy ve Brenda Major tarafından yürütülen

<sup>116</sup> Sor-hoon Tan, "Beyond Elitism: Community Ideal for a Modern East Asia", *Philosophy East and West*, 59(4), 2009, s. 537; Zilliotti, s. 250.

<sup>117</sup> Tan, s. 537-538.

<sup>118</sup> Littler, s. 28.

<sup>119</sup> Yeşer Torun, "Meritokrasi: Adaletin Terazisi mi Yoksa Bir Adalet İllüzyonu mu?", *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, 7(26), 2009, s. 96.

<sup>120</sup> Littler, s. 5; Giriş.

<sup>121</sup> Shannon K. McCoy, Brenda Major, "Priming Meritocracy and the Psychological Justification of Inequality", *Journal of Experimental Social Psychology*, 43, 2007, s. 341.

<sup>122</sup> Torun, s. 95.

çalışmadır. Yazarların araştırması göstermiştir ki bir kültürel çevrede meritokrasinin zımnî sonuçları, düşük statülü grup üyelerinin kişisel ve grup dezavantajlarını hak edilen olarak yorumlamalarını desteklemekte ve böyle bir dezavantajın ayrımcılıktan kaynaklandığı algılayışını azaltmaktadır.<sup>123</sup> Dolayısıyla meritokratik bir düzende çabaya verilen önem, düşük statüde olan veya nispeten daha az gelire sahip olanların daha az çabaladıkları algısının yerleşmesine neden olmaktadır. Böylece kişisel veya grup dezavantajları göz ardı edilebilmektedir.

Diğer taraftan meritokrasi, çabayı ve emeği ödüllendirir. Çalışan ve yeteneğini kullananlara hak ettiklerini garanti eder. Bununla birlikte bu durum eşit toplumu değil, IQ'nun sosyal statüyü belirlediği yeni bir kast sistemini ortaya çıkarır.<sup>124</sup>

Buna göre liyakate yapılacak aşırı vurgunun tehlike yaratan önemli bir sonucu, fırsat eşitsizliğinin gözden kaçırılmasına neden olmasıdır. Bütün çocukların yarışa ve eğitime aynı noktadan başlamaması fırsat eşitsizliğini gösterir. Standart bir yazılı sınavla eşitliğin sağlandığı iddia edilirken sınava özel dersler, kurslar vb. ilave olanaklarla hazırlanan öğrenci ile tek bir kaynaktan eğitim alarak hazırlanan öğrencinin standart yazılı sınava göre değerlendirilmesi fırsat eşitsizliğinin meşrulaştırılması haline gelir. Bu durumun devamında “çok çalışırsan ve yetenekliysen başarırın” sloganının topluma işlenmesi, sosyal eşitsizliğin doğal bir durum olarak yansıtılmasına sebep olur.<sup>125</sup> Dolayısıyla meritokrasi, “çaba”yı yüceltmek ve mitleştirmekle birlikte sosyal ve ekonomik konumu göz ardı etmektedir.<sup>126</sup>

Meritokrasiye yöneltilebilecek bir başka eleştiri, meritokrasinin güncel mantığının her zaman olmasa da sıklıkla yetenek ve zekanın doğuştan geldiğini farz ettirmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>127</sup> Bu varsayım da sosyoekonomik eşitsizliklerin göz ardı edilmesine sebeptir.

Bundan başka Coşkun C. Aktan'ın da belirttiği üzere ırk, renk, cinsiyet, dil, din vb. yönlerden yapılacak ayrımcılığın yanlışlığı kadar insani değerler ve yetenekler dikkate alınmaksızın yalnızca eğitim, bilgi, beceri yetenekleri üzerinden bir belirlemenin de sınıflandırma veya kategorileştirme yaptığı sürece yanlış olmasıdır.<sup>128</sup> Empati, sağduyu, ahlaki değerler, mizah gibi özellikler de kişinin başvurusunda değerlendirilmeye

<sup>123</sup> McCoy/ Major, s. 351.

<sup>124</sup> Littler, s. 34.

<sup>125</sup> Coşkun Can Aktan, “Patolojik Meritokrasi: Distopya’ya Dönüşen Bir İmkânsız İdeal”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, 10(26), 2021, s. 20-24.

<sup>126</sup> Littler, s. 7; Giriş.

<sup>127</sup> Littler, s. 4; Giriş.

<sup>128</sup> Aktan, s. 16.

alınabilmelidir.<sup>129</sup> Ancak meritokraside performans değerlendirmesi çoğunlukla bu ölçütlere dayanmamaktadır ya da bu unsurlar performans değerlendirmesine dahil edilmemektedir.

Meritokraside, çok çalışanın başarılı olacağına duyulan güven, böyle bir yapıda başarılı olamamış kimselerin depresyon veya takıntı gibi rahatsızlıklara yakalanmasına sebebiyet vermektedir. Hiçbir şeyi bilmedikleri, hiçbir şey için yetenekli olmadıkları ya da öğrenmeye yeteneklerinin olmadığı düşüncelerine kapı aralamakta ve özgüveni düşürmekte, özdeğerden şüphe ettirmektedir.<sup>130</sup>

Meritokrasi, herkes yükselemeyeceğinden ve dip olmadan zirve de var olamayacağından bazı insanların geride kalmasını mecbur kılan bir hiyerarşik, doğrusal ve yarışmacı sistemi dayatır. Bu durum aynı zamanda demokrasiye bir tehdit oluşturmanın da gerekçesidir, zira başarmak için diğerleriyle yarışan bireyler olarak insanları atomize<sup>131</sup> hale getirmektedir. Atomize hale gelmiş bireylerden oluşan bir toplumda haklar bilinci zayıf ve özgürlükler de tehlike altındadır.

Yapılan araştırmalar bir örgüt veya kurum içerisinde meritokrasi ilkelerinin uygulanmasının, iş yerinde verimliliği artırma ve çabayı ödüllendirme gibi olumlu özelliklerin yanında olumsuz sonuçlara yol açtığını da göstermektedir.

Örgütler/kurumlar içerisinde yeteneğe bağlı ödeme veya performansa bağlı ödeme sistemleri gibi çalışanların kariyeriyle liyakati bağlantılandırmayı amaçlayan stratejiler meritokrasinin farklı varyasyonları olarak görülür. İşin eşitlik, ihtiyaç, kıdem gibi diğer durumlar dikkate alınmaksızın yalnızca performans temelinde ödüllendirileceğini vurgulayarak başarı ödülü, örgüt kültürünün önemli bir sembolü olarak görülür. Fakat bazı tip liyakate dayalı veya teşvik ödemeli uygulamaların kimi işverenler açısından ödemelerde cinsiyet ve ırk farklılığını desteklemeye götürdüğü de araştırmalar tarafından ortaya konmaktadır. Örgütsel bürokrasi ve teamüllerin iş yerinde cinsiyet ve ırk eşitsizliğini kurumsallaştırabileceği veya artırabileceği iddiası literatürde uzun süredir yer almaktadır. Bu iddialara göre meritokrasinin yerleştirilmesi işyerindeki eşitsizlikleri çözmeyebilmektedir.<sup>132</sup>

Meritokrasinin işyerinde eşitsizliği artırmasına yol açan neden, onun mevcudiyetine olan inancın, önyargıyı meşrulaştırmaya hizmet etmesidir.<sup>133</sup> Belirli durumlar altında meritokratik değer ve inançların vurgulanması kazara önyargıyı yerleştirmekte ve çalışanlara

---

<sup>129</sup> Aktan, s. 21.

<sup>130</sup> Alvarado, s. 13.

<sup>131</sup> Littler, s. 2-3; Giriş.

<sup>132</sup> Castilla/ Benard, s. 545-546.

<sup>133</sup> Hing ve diğerleri, s. 434.



hak ettiklerinin ödenmesinde eşitsizlik yaratmaktadır. Bu şekilde performansa dayalı ödüllendirme sisteminde çalışanlara performanslarına göre ekstra mükafat veriliyor olsa da sistem kazançlarda ırk ve cinsiyet önyargılarını azaltmamaktadır.<sup>134</sup>

2008 yılında yayımlanan Amerika'da gerçekleştirilmiş bir araştırmaya göre aynı performans değerlendirme skoru, aynı meslek ve iş birlikteliği, aynı amir/denetleyici ve aynı insan kapasitesinin olduğu işte beyaz erkeklerle karşılaştırıldığında kadınlar, etnik azınlıklar ve Amerika dışı doğumlu çalışanların maaş artışları önemli ölçüde daha düşüktür. Bu durum özellikle şirketin işyerinde çalışanların performansı ile bağlantılı olarak ödeme artışının yapıldığı performans ödüllendirme programının uygulanması yoluyla meritokrasinin benimsendiğini ve şirketin meritokrasiyi desteklediğini belirttikten sonra ortaya çıkmıştır.<sup>135</sup>

Emilio J. Castilla ve Stephen Benard tarafından yapılan araştırmaya göre erkekler lehine önyargı seviyeleri diğer kariyer sonuçlarına nazaran ikramiye miktarı için daha büyüktür.<sup>136</sup> Bu çalışmaya göre, birçok kurumda performans ödemesi veya liyakate bağlı ödüllendirme gibi uygulamalarla meritokratik yönetim siyaseti veya usulleri benimsenmekte ve işyerlerinde şans eşitliğini geliştirme ve çalışanların kariyerleriyle liyakati bağlantılandırma girişimleri görülmektedir. Bununla birlikte deneysel araştırmalar göstermektedir ki çoğulculuk siyaseti gibi belirli işveren uygulamaları benimsense de işyerlerindeki eşitsizlikler varlığını sürdürebilmektedir. Zira insanlar, önyargısız bir insan olarak ahlaki ehliyetlerini kurduklarını hissettikleri zaman önyargılı davranışta bulunmaya daha meyilli olmaktadır. Bunun gibi örgüt veya şirket yönetiminde de meritokratik ilkelere bağlılık açıkça ilan edildikten sonra yöneticiler çalışanlar hakkında karar verirken kadınlar aleyhine ayrımcılıkta bulunmaya meyilli olabilmektedir. Başka ampirik deneysel araştırmalar da göstermektedir ki insanlar kendilerini tarafsız hissettiklerinde inançlarının doğruluğundan daha fazla emin olmakta, dolayısıyla inançlarına göre hareket etmektedir. Böylece kadınlar hakkında işle ilgili olumsuz kalıp yargılara sahip olanlar bu basmakalıp düşünceler doğrultusunda hareket etmeye meyilli olmaktadır. Eşitlik ve şeffaflık örgütsel değerler olarak ilan edildikten sonra örgüt içinde karar vericiler, derinde basmakalıp düşünceler bulursa ve bunlar işle ilgili kararlarda etkin olsa dahi, kendilerinin açık ve eşit davrandıklarına inanmaktadırlar.<sup>137</sup> Dolayısıyla önyargılar, bu azaltma girişimleri tarafından tetiklenebilmekte, bu nedenle her ne kadar daha eşitlikçi ve objektif veya meritokratik

<sup>134</sup> Castilla/ Benard, s. 546.

<sup>135</sup> Castilla/ Benard, s. 546.

<sup>136</sup> Castilla/ Benard, s. 559.

<sup>137</sup> Castilla/ Benard, s. 566-568.

yönetim sağlanmaya çalışılsa da eşitliksizlikler tam anlamıyla kurumlardan veya örgütlenmelerden silinememektedir.<sup>138</sup> Hatta işyerindeki bu gibi eşitsizlikler çoğulculuk politikaları ve pozitif ayrımcılık benimsendikten sonra bile kalmaktadır.<sup>139</sup>

Bundan başka meritokrasi, liyakate dayalı bir rejim olduğu için burada liyakatin tanımı önemlidir. Liyakatin hatalı bir tanımı, yozlaşmayı artırabilir. Liyakatin nasıl tanımlandığı ve yasalaştırıldığı ülkeden ülkeye değişmektedir.<sup>140</sup> rneğin liyakat, yalnızca bir işi yapabilme olarak tanımlanırsa ve bu yeteneğe sahip birden fazla kişi varsa seçiciler diğer adaylara tercihen kendi yakını veya destekçisini atamak için ikilikten yararlanabilir.<sup>141</sup>

Buraya kadar anlatıldığı gibi meritokrasi daima olumlu çağrışımla hatırlanması gereken bir kavram değildir. Meritokrasi, herkese fırsat eşitliğinin sağlanmasında olduğu gibi çoğulculuğu sağlayarak ayrımcılıkların önüne geçmede güçlü bir ilkedir. Bununla birlikte toplum genelindeki sosyoekonomik durumların göz ardı edilmesine yol amada olduğu gibi kimi zaman derin veya açıkça görünür olmayan eşitsizliklerin üzerini kapatabilmektedir.

1978 yılında Meritokrasinin Yükselişi başlıklı kitabıyla ilk defa meritokrasi kavramını türeten Michael Young, tehlikelerine karşı uyarmak için kavramı üretmesinden 20 yıl sonra İngiltere’de temsili olmayan, seçimle iş başına gelinmeyen, üst sınıftan seçkinlerin yer aldığı parlamento kanadı olan Lordlar Kamarasına atanmıştır. Orada kendisi dünya çapındaki uzmanlığını, zamanının gelişen siyasi meseleleri üzerinde durmaya harcamıştır. Bu ironik örnek dahi, meritokratik sistemin güçlüklerini ve zayıflıklarını göstermektedir.<sup>142</sup>

Bununla birlikte özel sektör veya kamuda hiçbir Şekilde meritokrasi ilkeleri ve liyakat esası benimsenmeksizin veya dikkate alınmaksızın bir örgütlenme gerçekleştirildiğinde arzulanan eşitliği veya çoğulculuğu sağlamada nasıl bir düzenleme rehber olarak benimsenebilir? Daha kısa bir anlatımla liyakat ilkesi ve performans dayalı ödüllendirme dikkate alınmadığı takdirde örgütlenmede adil rejimi sağlayacak herhangi bir rehber ilke

<sup>138</sup> Castilla/ Benard, s. 572.

<sup>139</sup> Castilla/ Benard, s. 547.

<sup>140</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Meritocracy-PSE.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022, s. 9-10.

<sup>141</sup> Willy McCourt, “The Merit System and Integrity in the Public Service”, *Conference on Public Integrity and Anti-corruption in the Public Service*, 29-30, 2007, <[https://hummedia.manchester.ac.uk/institutes/gdi/publications/workingpapers/depp/depp\\_wp20.pdf](https://hummedia.manchester.ac.uk/institutes/gdi/publications/workingpapers/depp/depp_wp20.pdf)>, Erişim Tarihi 05.04.2022, s. 8.

<sup>142</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Meritocracy-PSE.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022, s. 15.

bulunmamaktadır. Bu nedenle meritokrasinin olumsuzluklarına rağmen örgütlenmedeki temel ideoloji olarak korunması ve benimsenmesi gerekir. Ancak, olumsuz yanlarını bertaraf etmeye yarayacak sonuçların elde edilmesi için öncelikle literatür çalışmalarının yapılması ve bunların yol göstericiliği kapsamında uygulamaların gerçekleştirilmesi gerekir. Devam eden bölümde meritokrasinin içinde varlığını sürdürebileceği siyasal rejimlerin nitelikleri irdelenecektir.

#### IV. MERİTOKRATİK SİYASAL DÜZENE İLİŞKİN BAZI HUSUSLAR

##### A. Eşitsizlik, Kota ve Pozitif Ayrımcılık ile Meritokrasi İlişkisi

Modern toplumda meritokrasi, gereken yeteneklere sahip olan herkesin başarıma şansına sahip olduğu; düşük statülü grup üyelerine hayal ettikleri sosyal statüye, ekonomik sınıfa veya yere ulaşma imkanı veren bir ideoloji olarak görülmektedir. Meritokrasi, yetenekler doğrultusunda yükselişi sağladığından sosyal huzursuzlukları dindirmenin bir aracı olarak görülebilmektedir.<sup>143</sup> Zira bireylere arzu ettikleri hayat biçimine kavuşma imkanı veren bir toplumsal ve yönetsel araçtır.

Meritokrasi Çin, Kore, Singapur gibi Konfüçyüsçülüğün etkisi altında kalmış bir kısım Asya ülkelerinde bir yönetim ilkesi olarak<sup>144</sup> uygulanmaktadır. Bu nedenle bu ülkelerde meritokrasi farklı iktidarlar döneminde ya da başka bir anlatımla iktidar değişse de uygulanmaya devam etmektedir.

Meritokrasinin yaşayabilmesi için, birçok reform veya yasal koruma gibi ilkelerinin kağıt üzerinde kalmaması, uygulamaya yansması gerekir. Aynı şekilde meritokrasi uygulamasının kamu sektöründe yerleştirilmesi için de uygulama ile teori arasında fark olmaması gerekir. Meritokrasiyi hedefleyen reformlar kağıt üzerinde kaldığı sürece sistemin meritokrasi olduğunu iddia edebilmek güçtür.<sup>145</sup> Zira bu ideoloji, sosyal adaleti gerçekleştirmeye hizmet ettiği iddiasındadır. Meritokrasi seçim veya atama faaliyetlerinde takip edilecek usul kurallarını ortaya koyar. Bu yolla hedeflenen gerçekleştirilmeye çalışılır. Ancak yine de meritokrasiye eşitsizliği meşrulaştırdığı yönünde eleştiri getirilmektedir.

Bu eleştirilerin büyük kısmı yeteneğe dayalı seçimde yeteneğin oluşma noktasına odaklanmaktadır. Buna göre liyakat kavramının sosyolojik kullanımı (yetenek ve çabaya

<sup>143</sup> Kim/ Choi, s. 112-113; Int.

<sup>144</sup> Kim/ Choi, s. 113; Int.

<sup>145</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Meritocracy-PSE.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022, s. 8.

dayanan sosyal seçim) tam anlamıyla objektif değildir.<sup>146</sup> Her ne kadar liyakat kavramıyla birlikte değerlendirilen şans eşitliği bütün bireylerin belli bir pozisyonu elde etmede eşit fırsata sahip olmasını ifade etse de toplum üyelerinin bu pozisyon için yarışta farklı başlangıç noktalarından geldiklerini göz ardı etmektedir. Bu nedenle resmi olarak şans eşitliğinin uygulanması eski hiyerarşi ve sosyal eşitsizliklerin devamını meşrulaştırma riskini taşımaktadır.<sup>147</sup>

Yazar Hardy Jones, yalnızca mevcut ehliyet veya yeteneğe göre mesleklerin hak edilmesine ve meritokrasinin yalnız bu tarz yorumuna karşı çıkmaktadır. Ona göre Amerika'da halihazırda düşük yetenekli olan siyahiler ve kadınlar başlangıçta ve sonrasında kendilerine veya atalarına eşit, adil muamele edilseydi daha kalifiye olabilirdi. Jones, mevcut veya güncel yetenekler meritokrasisine karşı çıkmaktadır. Çünkü ona göre böyle bir meritokrasile ilgili olan, aynı zamanda adayın yeteneklerini nasıl elde ettiği ve geçmişte belli kritik durumlar farklı olsaydı bunların güne yansımalarının neler olacağıdır. İnsanlar, adaletsizlikten yararlananlar veya kurbanları şeklinde ayrılmasalardı yetenekleri ne olacak idiyse bu temelde meslekleri hak ederler. Yazar burada yalnızca geçmişte kendilerine veya atalarına adaletsiz davranılan kimselerin ne hak ettiğiyle ilgilenmemekte, aynı zamanda bu adaletsizliklerden faydalanan kesimlerin de bu adaletsizlikler olmasaydı güncel yeteneklerinin nasıl olacağını değerlendirmektedir. Ona göre adil bir meritokrasinin uygulanmasında aşılmaz engeller yoktur. Jones'a göre, geçmiş adaletsizlikleri günümüze taşımaya izin vermek alışlagelmiş meritokrasiyi tehlikeli yapandır. Yazar bu noktada geçmişin sorunlarının günümüz için de benzermiş gibi algılanması yöntemine başvurmayı önermektedir. Buna göre örneğin adaletsizlik geçmişinden erkekler faydalanmış, kadınlar bundan zarar görmüştür. Dolayısıyla sorunları benzer değildir, eşit şekilde hak etmemektedirler. Dolayısıyla şimdi eşit şekilde davranmak adaletsizliğe yol açacaktır. Yazara göre bu durum babaların günahlarının oğullarından çıkarılması anlamına da gelmemektedir. Zira atalarının yaptığı adaletsizliklerden kaynaklanan belirli yararlılardan zaten faydalanmışlardı, bu nedenle zaman zaman bundan mahrum olmaları boşuna değildir. Bu tarz yoksunluk özellikle bu adaletsizliklerden acı çekmiş insanlarla iş rekabetine girdiklerinde yerinde olacaktır. Çünkü diğerleri zarar görmekteyken onlar yararlanmaktaydı. Jones'a göre çalınmış mala miras yoluyla sahip olan oğul hırsızlık yüzünden hapsedilmemelidir; ancak mallar üzerinde hakka sahip değildir ve mantıklı olarak onları bırakması kendinden beklenir. Bu mirasın hırsızın ölmüş kurbanının kızı veya oğluna geçmesi uygun görülmektedir. Eski adaletsizliklerin meyvelerinin

---

<sup>146</sup> Nicholas, s. 25-26.

<sup>147</sup> Zilliotti, s. 253.

büyümesine izin vermek yine adaletsizlik olacaktır. Çünkü adaletsizliğin kazanılmış meziyetlerin yanında doğal yetenekleri nasıl etkilediği veya körelttiğini not etmek önemlidir.<sup>148</sup> Özetle yazar, geçmiş toplumsal adaletsizliklerin halihazırda yaşayan insanların bir kısmının yeteneklerini elde etmesini sağladığını, bir kısmının ise doğal yeteneklerinin gün yüzüne çıkmasına engel olduğunu düşünmektedir. Geçmişin adaletsizliklerine son verilmesinin, mevcut zamanda özellikle işe alımlarda uygulanacak bir programla gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır.

Jones'a göre böyle daha adil bir meritokrasi yaratabilmek için işe alımlarda bazı tedbirler uygulanabilir. Örneğin, eğer beyaz bir erkekten belli belirsiz daha az yetenekliyse en çok yetenekli olan bir siyahi kadın işi kabul edebilir. Aradaki fark çok küçükse bunu önermek mantıklıdır. Yazara göre geçmişte adaletsiz muamele yaygın ve neredeyse herkesin hayatına dokunmuştu. Seçimi yaparken işe başvuruların sosyal özgeçmişleri hakkında görüşmeler ve diğer soruşturmalar yoluyla bu konuda bilgiyi artırmak mümkündür. Bunun dışında bütün vakalarda tam bilgiye ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira işe başvurular hakkında her zaman tam bilgiye ulaşmak ve işe alındıktan sonra hangisinin daha yetenekli ve verimli olacağını önceden ya da kağıt üzerinde yazan bilgilerden çıkarmak mümkün değildir. Ancak bu, mevcut yetenekler hakkındaki bilginin işe alım kararlarında ilgisiz veya konu dışı olduğu anlamına da gelmemelidir.<sup>149</sup>

Yazar, savunduğu düşünceleri örneklendirmek için ceza yargısından hareket etmektedir. Buna göre ceza yargısı sistemi de bazı riskler içermektedir. Bazı masum insanlar işlemedikleri suçlar yüzünden mahkum olabilmekte ve ceza alabilmekte, bazı suçlu kimseler ise suçsuz bulunabilmekte ve almaları gereken cezadan kurtulabilmektedir. Bununla birlikte suçlama, yargılama, cezalandırma içeren ceza yargısı sistemini desteklemeye devam ederiz. Eğer bu tutum mantıksız gelmiyorsa ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygulanacak bir program adil olmayan muamele riskine rağmen uygulanabilmelidir. Ve bir beyaz erkek başvurucunun hak ettiğinin reddedilmesi şeklindeki adaletsizlik, masum bir insanın suçlu bulunmasından daha az ciddi görünmemektedir. Çünkü yazara göre ayrımcılığın önlenmesi için bir programa sahip olmamak, halihazırda adaletsizce muamele edilen insanların daha fazla kurbanlaştırılması riskini devam ettirecektir<sup>150</sup> ve gerçek meritokrasi modelindeki işe almanın, geçmiş adaletsizlikleri tolere etme çabasının uygulanması adaletsizliklerin

<sup>148</sup> Hardy Jones, "Fairness, Meritocracy, and Reverse Discrimination", *Social Theory and Practice*, 4(2), 1977, s. 212-215.

<sup>149</sup> Jones, s. 215-216.

<sup>150</sup> Jones, s. 216-217.

devam ettirilmesi anlamına gelecektir.<sup>151</sup>

Jones'un görüşlerini destekler şekilde meritokrasi altında aslında geçmişten bu yana bir yetenekler aristokrasisi oluşturulduğu ve bunun sürdürüldüğü şeklindeki düşünce İngiltere'de de bazı yazarlarca savunulmuştur. Tom Nicholas'a göre Endüstri Devriminin başladığı İngiltere'de ilk kuşak sanayicilerin (Britanya'nın endüstriyel öncüleri) çoğunlukla üst veya orta sınıftandır. Dolayısıyla endüstri devriminin kendi kendini yetiştirmiş adam tasviri bir mitten ibarettir.<sup>152</sup>

Nicholas'ın incelemesinde, eğitim ve aile zenginliği arasında bir bağlantı olduğu ortaya konulmuştur. Buna göre aile ne kadar zenginse yüksek düzey eğitim alma şansı o kadar artmaktadır.<sup>153</sup> Dolayısıyla gerçek bir meritokratik toplumda meslek sahiplerinin ailesel özellikleri önemli bir yer işgal edecektir. Yirminci yüzyılda sosyal köken etkisi yaygın eğitim olanaklarına rağmen güçlüydü. Nicholas'ın iş insanları üzerine yaptığı çalışma göstermektedir ki aile zenginliği, yüksek düzey eğitim ve iş insanı olma arasında muhakkak bir bağlantı bulunmaktadır. 1990'larda aktif olan iş insanları ekonomik ve eğitimsel olarak yine toplumun seçkin kesimlerinden gelmekteydi. Dolayısıyla Nicholas'a göre 19. Yüzyıl ve 20. Yüzyılın yarısı için (geçmiş 150 yılda) İngiliz iş dünyasında bir demokratikleşme söz konusu değildi.<sup>154</sup>

Geçmiş adaletsizlikleri veya eşitsizlikleri telafi etmeye dönük girişimler işe almada ya da yetkilendirmede kota sistemini akla getirir. Buna göre geçmişin dezavantajlı olma durumunu halihazırda ayrılacak kotalar telafi eder. Geçmişin dezavantajlı grupları telafi olarak toplumsal yararlarından kendilerine ayrılacak kotalarla ödüllendirilmelidir. İşe alımda ya da üniversite veya okullara girişte daha az yetenekli olanın ya da not ortalaması daha düşük olanın belli bir gruptan olduğu için kabul edilmesi gerekmektedir. Halbuki diğer grup üyeleri arasında daha yetenekliler bulunabilir. Dolayısıyla kota sistemleri telafi araçları olarak sıklıkla ayrımcı yan etkiye sahip olurlar. Bu tarz kota sistemleri örneğin etnik gruplar açısından daha eşitlikçi olabilir ancak daha az meritokratik olacaktır.<sup>155</sup>

Thomas Conrad'a göre kota sistemleri konusunda kota karakteristiği de önemli bir konuyu oluşturmaktadır.<sup>156</sup> Belirli özellikler örneğin etnik köken konusunda kota konulması farklı etnik gruplar açısından eşitlik yaratabilir; ancak başka kota karakteristiklerine bakılmadığı için eşitsizlikler ortaya çıkabilir.

---

<sup>151</sup> Jones, s. 220.

<sup>152</sup> François Crouzet, *The First Industrialists*, Cambridge, 1985'ten aktaran Nicholas, s. 1,

<sup>153</sup> Nicholas, s. 19.

<sup>154</sup> Nicholas, s. 26.

<sup>155</sup> Conrad, s. 139.

<sup>156</sup> Conrad, s. 140.

Meritokrasiyi savunanların iddia ettiği gibi adil bir dağıtımın yalnızca bireyler için şans eşitliğini mi gerektirdiği ya da dağıtıcı adaletin gerektirdiği şeyin etnik gruplar veya kadınlarda olduğu gibi sosyal gruplar için şans eşitliğinin kotaya dayanarak tanımlanması olup olmadığı temel sorundur.<sup>157</sup> Dolayısıyla meritokratik bir düzende kota sisteminin gerekli olup olmadığı konusu tartışılmaya açıktır.

Meritokrasinin savundukları, zenginlik veya siyasi güç gibi sosyal yararların yeniden dağıtımı veya dağıtımın kuralları olarak kota sistemlerine açıkça zıttır. Meritokratlara göre kotalar, başarıyı veya mükafatlandırılan bireyin başarı azlığını göz ardı ederek özel kota karakteristiklerine sahip olanları ödüllendirmekle insanları kişiliksizleştirmektedir.<sup>158</sup>

Bununla birlikte hem meritokrasi hem de kota sistemleri dağıtıcı adalet kavramına adanmıştır. Bunun anlamı basitçe her iki sistemin de toplumsal yararların ve yükümlülüklerin dağıtımında gerçekte haklı gerekçeye dayanma konusunda hemfikir olmasıdır.<sup>159</sup>

Toplumsal ayrımcılık çağı veya yıllarından sonra şans eşitliğini başarmada gruplara yardım edilmesinin bir yolu olarak kotaların savunulması Conrad'a göre olağandışı değildir. Kota sistemlerinin meritokrasiden farklı olarak savundukları; toplumun basitçe münferit bireylerin bir toplamı olmadığı, bunun yerine sosyal grupların da toplumun temel birimlerinden olduğu, bireysel özelliklerin büyük ölçüde grup etkisinin bir sonucu olduğudur. Ayrıca dağıtıcı adaletin, yalnızca sosyal yararların toplum içinde gruplar arasında belli bir grup ve toplam nüfus arasında orantısallık temelinde dağıtıldığında sonuçlanabileceği şeklindedir. Kota önerileri, meritokratik bakıştan farklı olarak, toplumun temel birimleri olarak gruplar lehine bireye verilen önemi azaltan Batı siyasal düşüncesindeki zıt bir gelenekten beslenmektedir. 19. Yüzyılda Marks'ın toplumun önemli alt bölümleri olarak ekonomik sınıflara ilgisi bu geleneğin tipik bir örneğidir. 20. Yüzyılda siyasal çoğulculuk teorisi de grupların önemini vurgulamıştır. Bu düşüncede siyasal toplumun merkezine bireyler yerine gruplar konulduğunda parlamenter temsil gibi toplumsal faydanın dağıtımı bireyler yerine grup çıkarlarının dikkate alındığı bir kota sistemi temelinde olmaktadır.<sup>160</sup> Meritokrasi özünde bireysel başarıyı esas alan bir sistem olduğundan kota imtiyazları meritokrasiyle uyuşmamaktadır. Ancak, gerçek meritokrasiyi yerleştirebilmek kimi yazarlara göre geçmiş adaletsizlikleri de dikkate almayı gerektirir. Dolayısıyla bu düşünceye göre işe alımda kota konulması meritokrasiye engel olmayacaktır. Kanaatimizce belli grupların geçmişte maruz

<sup>157</sup> Conrad, s. 142.

<sup>158</sup> Conrad, s. 143.

<sup>159</sup> Conrad, s. 147.

<sup>160</sup> Conrad, s. 147-148.

kaldıkları ayrımcı uygulamalar nedeniyle işe alım ya da yetkilendirmede kota konulması ile geçmiş adaletsizliklerin etkisini kısmen de olsa silebilme ve gerçek yeteneklerin ortaya çıkmasını sağlama düşüncesi uzun süreli bir uygulama olmaktan uzaktır. Kaç nesil boyunca bu uygulamanın devam ettirilmesi gerekliliği sorusu yanıtızsızdır. Bu uygulama devam ettirildiği sürece kotaya dahil olmayan gruplar açısından bir ayrımcılığa yol açılması riski de söz konusudur. Geçmişte aleni bir şekilde ayrımcılığa veya zulme maruz kalmasa da toplumsal faydanın paylaşımından yoksun bırakılmış kesimler için kota konulmaması açık bir ayrımcılık olacaktır.

Benzer bir irdelemenin pozitif ayrımcılık konusu için de yapılması gereklidir. Willy McCourt'un yorumundan hareketle pozitif ayrımcılığın doğrudan olumlu karşılanacak bir kurum olmadığı söylenebilir. Çünkü daha az yetenekli aday tercih edildiğinde aynı zamanda yurttaşlara daha zayıf bir hizmet kalitesi sunma tercihinde bulunmaktadır. En iyi hizmeti sağlama gerekliliği dezavantajlı grupların durumunu geliştirme arzusunu ötelemektedir.<sup>161</sup> Bu nedenle kota sistemleri için ileri sürülebilecek düşünceler pozitif ayrımcılık konusu için de söylenebilir. Buna göre meritokrasi en yetenekli ve en fazla çaba göstereni seçmeyi gerektirdiğinden esasen pozitif ayrımcılık ve kota ile bağdaşmaz.

## **B. Siyasal Rejim ve Kurumlar ile Meritokrasi İlişkisi**

Meritokrasi, rekabetin mevcut olduğu bir düzeni gerektirdiğinden siyasal ideolojilerden liberalizm meritokrasiyle bir arada bulunabilecek bir ideolojidir. Aynı zamanda meritokrasinin hakimiyeti, farklı yeteneklere şans verilmesini gerektirdiğinden şans eşitliğini savunan liberal demokrasiye uygun düşmektedir. Meritokrasi daha fazla insana şans eşitliğinden bahsettiğinden veya vadettiğinden<sup>162</sup> liberal demokrasinin ortasında yer almaktadır. Buna karşılık kimi yazarlar meritokrasinin kapitalist bir düzende yaşayamayacağını iddia eder. Çünkü kapitalizmde sermaye sahiplerinin geliriyle ücretli çalışanların geliri arasındaki mesafe her geçen gün açılmaya mahkumdur. Dolayısıyla sert bir kutuplaşmaya neden olan kapitalist düzende meritokratik ilkelerin uygulanabileceğini iddia etmek saf bir ideal olacaktır. Kapitalizm, -savunduklarının aksine- fırsat eşitsizlikleri yaratmaktadır.<sup>163</sup> Bu nedenle meritokrasiye yöneltilen en yoğun eleştiri olan aslında gerçek bir sosyal hareketliliğin yaratılmadığı eleştirisi liberalizme de yöneltilen bir eleştiridir. Bununla birlikte meritokrasi rekabeti meşrulaştırdığı için neoliberalizmi destekleyen<sup>164</sup> bir

---

<sup>161</sup> McCourt, s. 5.

<sup>162</sup> Littler, s. 2; Giriş.

<sup>163</sup> Aktan, s. 19.

<sup>164</sup> Littler, s. 43.



ideolojidir. Meritokrasiyle liberalizmin örtüştüğü bir başka yer, bireysellik ve şans eşitliğidir. Liberalizm altında bireysellik gerçek sonuçlarını doğurabilir. Yönetim, hükümet veya başka herhangi bir varlık tarafından bireyleri kontrol edecek bütün girişimlere karşı liberalizm direnir. Meritokraside de esas olan bireyin ve onun yetenek ve çabasının temel alınmasıdır. Şans eşitliği de herkesin yeteneklerinin ifadesine izin veren<sup>165</sup> bir kavramdır ve hem meritokraside hem liberalizm içinde yer alır. Ancak yukarıda değinildiği üzere fiiliyatta meritokraside ve liberal bir düzende şans eşitliğinden ne kadar yararlanılabileceği şüphe taşımaktadır.

Bunun yanında meritokrasi felsefi bir algılayışta daha adil kabul edilsin veya edilmesin meritokrasiyi adaletsiz olarak kabul eden giderek büyüyen popüler bir fikir vardır. Meritokrasinin adil olmadığına yönelik eleştirilerden bir kısmının beslenme noktası, yeteneklerin tespitine yönelik sınavlar, ölçüm teknikleri vb. üzerine yoğunlaşmaktadır. Örneğin Conrad'a göre zeka, yetenek kadar muğlak bir kavramdır. Zekanın anlamı konusunda psikologların kendi aralarında da fikir birliği yoktur. Buna karşın zeka ve onun ölçümü konusunda şüphe taşımayan görüşler de bulunmaktadır.<sup>166</sup>

Performans ölçümüne ilişkin hususlar da kısmen belirsizlik taşır. Örneğin, bir işe alım sınavında başvurucular, belli bir pozisyon (mevki) için gereken yeteneklere sahip olsalar da genel bir sınavda iyi performans gösteremeyebilir. Bu nedenle sistem suistimal edilmediği sürece görüşmeler ve özgeçmiş tarama gibi daha esnek veya değişken bir işe alım süreci daha meritokratik olabilir. Fakat özellikle korumacılık (patronajın) yüksek olduğu ülkelerde kamu personeli alımında resmi kamu personeli alım sınavlarının en meritokratik yöntem olabileceği bazı yazarlarca vurgulanmaktadır.<sup>167</sup>

Dünya Bankası gibi uluslararası ajanlar kimi zaman Pakistan ve Kore'de olduğu gibi üniversite tarzı rekabet sınavı sistemini veya Singapur'da olduğu gibi eğitim yeterliliğinin sistematik incelenmesini önermektedir. Fakat Willy McCourt'a göre örneğin bu tarz yöntemler adil ve halkın itimadını alır olsa da liyakati ayırdedemez. Çünkü test edilenle işin gereklilikleri arasındaki bağlantı zayıftır.<sup>168</sup>

Bunun dışında belli bir mevki veya işe alımla ilgili birçok meritokrat, benzer

<sup>165</sup> Neves, s. 339.

<sup>166</sup> Conrad, s. 145-146.

<sup>167</sup> Anders Sundell, "Are Formal Civil Service Examinations the Most Meritocratic Way to Recruit Civil Servants? Not in All Countries", Public Administration, C. 92, S. 2, 2014'ten aktaran The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, s. 7.

<sup>168</sup> McCourt, s. 10.

varsayımlardan hareket edebilmektedir. Örneğin, farklı mesleklerin farklı tür insan yeteneği ve farklı kişilik özelliklerini gerektirdiğini iddia etmektedirler. Bu nedenle değişken işe alım süreçleri uygulanmalıdır. Yine başka bir iddia benzer motor beceriler ya da akli beceriler bazı meslekler için diğerlerine göre daha önemlidir. Meritokratların bir diğer iddiası da insanların sahip oldukları kişilik özellikleri ve yetenek kümelenmesinin farklılaŐmasıdır. Bazı insanlar daha geliŐkin motor yeteneklere sahiptir, bazılarıysa diğerlerine göre daha geliŐkin akli yeteneklere sahiptir.<sup>169</sup> Bu nedenle patronajın olmadığı ve meritokrasinin hakim olduğu bir sistem, belli iş ve görevler için belli yetenek ya da meziyetlerin aranmasını gerektirir.

McCourt'a göre iyi bir atama usul Şunları içermelidir:- bir meslek analizi (meslek yükümlülükleri ve meslek sahibinin ihtiyaç duyacağı bilgi ve yeteneklerin açıklandığı bir yazı), -meslek analizinin bir özetini içeren açıklama, -standart bir başvuru formu, -kişi belirlemeye dayanan bir notlama tablosu, -başvuruları azaltmak için bir son liste usul, - kişi belirlemeye dayanan ve tercihen kurul görüŐmesine ek bir seçim metodu veya metotları içeren son bir seçim usul,- notlama tablosuna dayanan bir atama kararı, -hem başarılı hem baŐarisız adaylar için sonuçların tebliği, -baŐarisız adaylar listesinde yer alanlar için görüŐme sonrası danışmanlığı,- heyetin başarılı adaylar hakkında seçim yoluyla bulduğu Şey hakkında bir giriş. Son olarak McCourt'a göre ilgili dokümanlar bir süreliğine saklanmalıdır.<sup>170</sup>

Meritokrasi, sosyal örgütlenmenin temel kriteri olarak bireylerin performansını ele almaktadır. Fakat ideal veya adil bir düzen yarattığı iddialarının yanında meritokrasi hakkında bir konsensüs yoktur. Bu durum insanların performansın temel kriter olmasını desteklememelerinden değil; doğal eşitsizliğin kökenleri, herkes için Şans eşitliğinin olması veya olmaması ya da performans değerlendirmesinde nelerin göz önüne alınması gerektiği ile ilgili çok fazla yorumun olması gibi konulardan kaynaklanmaktadır. Bu duruma yol açan sebeplerden biri, liberal ideolojinin özellikle Thatcher ve Reagancı versiyonlarının yayılmasıdır. Thatcher, Reagan ve onları destekleyenler dünyanın hiç kimseye hiçbir Şey borçlu olmadığını vurgulayarak refah devleti ve yoksullukla mücadelede kolektif sorumluluk ilkesini eleştirmişlerdir. Dolayısıyla bu cepheden bakıldığında her insan kendi çabası ve yeteneğine göre ödüllendirilmelidir.<sup>171</sup> Bunun aracı da performans olacaktır.

Bu kapsamda performans, toplumun farklılıkları yerleŐtirmesine, değerlendirmesine, hiyerarşi inşa etmesine, dllendirmesine ve cezalandırmasına izin veren bir sosyal meşrulaştırma aracı olarak çalıŐır. Toplumun birinci, ikinci veya üçüncü en iyiler hiyerarşisi

<sup>169</sup> Daniels, s. 208.

<sup>170</sup> McCourt, s. 11.

<sup>171</sup> Neves, s. 335.

içinde bireyleri sıraladığı bir tür ayrımcılığa yol açan liyakat sistemi kurmasına izin veren bir araç haline gelir. Performansın içinde, insan olmaya içkin unsurlar vardır; ancak performans psikolojik olmaktan ziyade sosyaldır. Kuzey Amerikan perspektifinde ise performans, sosyal olmaktan ziyade daha çok bireysel olan bir üretim olarak görülür. Bu kavrayış benimsendiğinde herkes için şans eşitliği olmak zorundadır, ancak bu şekilde her birey kendi yeteneklerini uygulayabilir. Böylece kendi yetenekleriyle sosyal hiyerarşinin zirvesine yükselmesine izin verilen; sosyal köklerinden bağımsız olarak, bir insanın ihtiyaç duyduğu her şeyin kendi içinde yattığının kabullenildiği, kısıtlanmamış bir bireysellik kavrayışı ortaya çıkar.<sup>172</sup> Meritokrasi, çağdaş kapitalist kültür için kültürel meşruluğun anahtar araçlarından olmaya başlamıştır.<sup>173</sup>

Dolayısıyla meritokraside katı bir bireyselcilik bulunur. Bu bireyselciliği destekleyecek bir unsur da liyakat ilkesinin bir temel hak ve özgürlük olarak kabul edilmesiyle ortaya çıkar. Liyakat ilkesi, bir temel hak ve özgürlük olarak anılabilir. Buna göre Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 21. maddesinde belirtildiği üzere herkes, ülkesinin kamu hizmetlerine eşit olarak girme hakkına sahiptir. Dolayısıyla Bildirge kapsamında kamu hizmetlerine eşit olarak girme hakkı, kişisel ve siyasal hak bağlamında değerlendirilmektedir. Yine Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 25. maddesine göre de Sözleşmeye taraf olan her devlet, yurttaşlarına genel eşitlik şartları içinde ülkesinin kamu hizmetlerine girme hakkını tanımakla yükümlüdür.<sup>174</sup>

Her ne kadar meritokrasi bireyselciliği teşvik etse ve kuvvetlendirse de günümüz endüstri sonrası toplumunda yetenek ve zeka gibi bireysel değerlere zıt olarak *grup karakteristiğinin birey kimliğinin temelini oluşturduğu* konusunda yükselen bir eğilim olduğu iddia edilmektedir. Buna göre insanlar gittikçe siyahilik, yoksulluk, yerlilik, feminizm, gençlik, homoseksüellik, yaşlılık gibi bazı grup karakteristiklerine sahip olmaya dayanarak kendilerini bir bütün olarak toplumla ilişki içinde değerlendirmektedir. Bu nedenle bireysel kimliğin bir kaybının olduğu<sup>175</sup> ileri sürülmektedir. Bununla birlikte meritokrasinin güçlendirdiği bireyselciliğin artması, toplumun fertleri açısından bazı güvenceleri beraberinde getirir.

Öncelikle liyakatin esas alınması, bireyler açısından en önemli güvencelerden biridir. Liyakat sisteminin uygulanmasıyla kamu personeli piyasa şartlarından, politikacıların

<sup>172</sup> Neves, s. 338.

<sup>173</sup> Littler, s. 2; Giriş.

<sup>174</sup> Sezer, s. 164; Uz, s. 83.

<sup>175</sup> Conrad, s. 144.

baskısından ve halkın taleplerinden daha az etkilenmektedir.<sup>176</sup> Siyasi reformlar, rekabeti artırırsa da memur, diğer gruplar tarafından yapılacak siyasi etkiyi önlemek için meritokrasiyi ne sürer. Zira birey mevki veya konumunu kendi çabası, emeği ve yeteneği neticesinde kazanmıştır. Dolayısıyla meritokrasi, bürokratları, siyasi rekabetin yaratacağı istikrarsızlıktan korur. Ancak, rant söz konusuysa hem siyasi rekabet hem de bürokratik etkinlik azalır.<sup>177</sup>

Meritokrasinin hakim olduğu bir rejimde himayecilik veya patronaj düşüktür. Örneğin, kutuplaŐmıŐ toplumlarda siyasi reform bürokratik etkinlikte gerçek bir artıŐa yol açar. Çünkü yüksek kutuplaŐmayla birleşmiş bir patronaj, bürokratlar arasında rantın özelleŐmesine yol açar. Yine kutuplaŐmanın artışı, meritokrasinin yerleŐmesini zayıflatır. Siyasi reformlar farklı grupların siyasi güce katılıma imkan sağlarsa bürokratik etkinlikte bir gelişmeye yol açar. Siyasal rekabet bir ülkenin siyasal elitlerinin meritokratik reformları benimsemesi halinde bürokratik etkinliğin artacağını ve rantılığın azalacağını vurgular.<sup>178</sup>

Rasyonel işleyen bir bürokrasinin varlığı için liyakat ilkesinin tavizsiz uygulanabiliyor olması gerekir. Burada da önemli olan liyakat ilkesinin mevzuatta düzenlenmiş olmasından daha çok gerektiği gibi uygulanmasıdır.<sup>179</sup> Liyakat ilkesine ilişkin temel mesele, liyakati esas alan yasal çerçevenin oluŐturulamaması değil, liyakat ilkesinin uygulamada hayata geirilememesidir.<sup>180</sup>

Liyakat esasının hakim olmasının istisnaları; seçilmiŐ görevliler (bazı görevlere atanma yoluyla değil, seçilme yoluyla gelinmesi halk desteğini sağlar), siyasi ve doğrudan atamalar, pozitif ayrımcılık, i atama ve yer deĐiŐtirmeler, yerel yöneticilerin takdir yetkisi, geçici görevlendirmeler, halefiyet esası, iŐverenlerle alt sözleşme gibi durumlardır.<sup>181</sup> Bununla birlikte bu gibi hallerde dahi liyakatin aranması söz konusu olabilir. Örneğin, Angola ve Türkiye’de başkanlık seçimi için adaylar diğer kriterlerin yanında belirli düzey Ğrenim Şartına tabidir.<sup>182</sup>

<sup>176</sup> Eryılmaz, s. 87; Uz, s. 80.

<sup>177</sup> Hannes Mueller, “Patronage or Meritocracy: Political Institutions and Bureaucratic Efficiency”, *Spanish National Research Council*, unpublished manuscript, 2009, s. 3.

<sup>178</sup> Mueller, s.11-12.

<sup>179</sup> Uz, s. 69.

<sup>180</sup> Uz, s. 66.

<sup>181</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Meritocracy-PSE.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022, s. 9.; McCourt, s. 6-7.

<sup>182</sup> The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Meritocracy-PSE.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022, s. 9.

Meritokrasinin varlığından söz edebilmek için, muhalif olanın gelecek dönemde gücü eline alma şansının olması ve gücü elinde tutanın diğer gruplarla rekabete imkan sağlıyor olması gerekir.<sup>183</sup> Meritokratik bir yönetim altında siyasetçinin kimliğinin sonuçlar üzerinde hiçbir etkisi yoktur ve halihazırda görevli olanın siyasi gücü kazanması veya kaybetmesinin önemi yoktur. Meritokraside siyasetçi yağmanın kontrolünde değildir.<sup>184</sup> Dolayısıyla meritokrasi hem siyasette hem de bürokraside istikrarı sağlar. Buna Prusya feodalizmi örnek olarak gösterilebilir. Prusya feodalizmi göreceli bir meritokratik bürokrasiden<sup>185</sup> dolayı çok uzun sürebilmiştir. Yeni yükselen sınıflar bürokrasinin etkin ve sağlamlığından dolayı ancak nispi olarak etkinlik sağlayabilmiştir.<sup>186</sup> Bunun haricinde siyasal rejimler açısından vurgulanması gereken bir nokta, liyakat ilkesi tercihinin siyasal muhafazakarlık veya daha genel olarak otoriterlikle bir ilişkisinin olmamasıdır.<sup>187</sup>

Meritokratik ideoloji yalnızca kamu sektörü ve siyasal alanda değil, özel sektör alanında da uygulanmaktadır. Bireylerin organizasyona katkısına dayalı bir yükselme ve performans yönetimi var ise özel sektör içinde meritokratik bir yönetim söz konusudur. Bunun için işe alım, seçme ve terfide bireylerin keyfi atanması ve yükselmesinden ziyade meritokratik öncüllerin dikkate alınması gerekir. Bazı yazarlar tarafından Batılı organizasyonlarda uzun süredir meritokratik yönetim stiline uygulandığı iddia edilir.<sup>188</sup>

Bilişim alanında gelişen ülkelerin ortak özelliği meritokratik bir yönetimin uygulanmasıdır. Zira bilişim alanında bilgi ve kabiliyet öne çıkmaktadır.<sup>189</sup>

Günümüzde önemi tartışılmayacak bir konu dijital dönüşümdür. Hem özel sektör alanında hem de kamuda dijital dönüşüm, kamusal ve özel hizmet, iş ve işlemlerin daha sağlıklı ve etkin yerine getirilmesinde, verimliliğin artışında gereklidir. Oldukça genel bir ifadeyle bilgi ve iletişim teknolojilerindeki dönüşüm anlamına gelen dijital dönüşümün gerçekleşebilmesi, meritokrasi ilkelerine uyar şekilde işe alım ve atamaları gerektirmektedir. Zira dijital dönüşüm, bilgi ve kabiliyete göre mevki dağıtımını zorunlu kılmaktadır.<sup>190</sup> Meritokrasinin bir yetenekler hiyerarşisi yaratmasına benzer şekilde dijital alan veya dijital sektör de gerçekte yetenekli olanın kazandığı bir hiyerarşiyi ortaya çıkarmaktadır.

<sup>183</sup> Mueller, s. 11.

<sup>184</sup> Mueller, s. 14-15.

<sup>185</sup> Meritokratik uygulamaların ilk defa Prusya'da ortaya çıktığına ilişkin açıklama için bkz. 3 numaralı dipnot.

<sup>186</sup> Mueller, s. 15.

<sup>187</sup> Hing ve diğerleri, s. 447.

<sup>188</sup> Kim/ Choi, s. 116.

<sup>189</sup> Nart, s. 2845.

<sup>190</sup> Nart, s. 2845.

Meritokrasi, elitizmi çağrıştırdığından burada elitizm ve popülizm zıtlığına değinilebilir. Elitizme göre yönetme işi bu işi yapmaya ehil bilgi ve yetenek sahibi kimselere ait olmalıdır. Ehil bir küçük azınlık çoğunluğun yararını takdir edecektir. Popülizme göre ise uzmanlar, halk için ve halkın belirlediği hedefler peşinde yönetimde yalnızca bir araçtır.<sup>191</sup>

Eğer güç halktan alınır ve bir uzman azınlığın eline verilirse demokrasi uzman seçkincilik (elitizmi) veya hünere dayalı seçkincilik olan teknokrasiyle yer değiştirmiş olur. Böyle bir durumun tehlikesi insanları etkileyen meseleler hakkında kamusal tartışma ve açık bilgi dolaşımının ve özgürlüğün azalmasıdır. Meritokrasi kalıtsal imtiyaz veya keyfi güce göre daha adil olabilir; fakat hesapverebilirliğin sağlanması ve seçkinlerin güçlerini suistimal etmelerini önlemek için çeşitli önlemlerin alınması vasıtasıyla kontrol altında tutulmalıdır.<sup>192</sup>

Son-hoor Tan'ın anlatımıyla demokrasi tarihi boyunca Amerikan kurucularında olduğu gibi halkın egemen olması şeklinde anlaşılan demokrasiye karşı elitizm savunulabilmiştir. Buna göre halk, kendi yararına kararlar almaya ehil değildir. Başka bir anlatımla elitizmle demokrasi arasında zıtlık söz konusudur. Birinde halkın halk için yönetimi söz konusuyken diğesinde seçkinlerin (rejime göre değişmekle birlikte) halk için yönetimi söz konusudur. Ancak, bir açıdan gerçekte demokrasi basitçe elitlerin gücü halk adına kullanması anlamına gelmektedir. Kimi yazarlara göre ise örneğin Amerikan toplumunda demokrasi ve elitizm bağdaştırılmıştır.<sup>193</sup> Amerika'da birkaç yüz milyon Amerikan dışında birkaç bin insan savaş ve barış, ücretler ve fiyatlar, tüketim ve yatırım, işe alım ve üretim, hukuk ve adalet, vergiler ve yararlar, eğitim ve öğrenim, sağlık ve refah, reklamcılık ve iletişim vb. hakkında karar vermektedir. Dolayısıyla bütün toplumlarda yalnızca bir grup insan gerçek gücü kullanmaktadır. Doğruluğu tartışılabilir olsa da böyle bir güç halk adına kullanılmaktadır.<sup>194</sup> Dolayısıyla bu fiili durum meritokrasi lehine çevrilebilir.

Ancak Tan'a göre siyaset, iş dünyası veya hatta akademide olduğu gibi yüksek mevki veya yerlerdeki suç, yozlaşma ve etik olmayan davranışlar bize bilgi (ve bilgiyle gelen yetenek) ile erdem arasındaki bölünmeyi hatırlatır. Başka bir anlatımla uzmanlaşma, doğrudan suç veya etik olmayan davranışları ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle yalnızca rekabete dayanan sınavların bu durumun önüne geçilmesini sağlayabileceğini söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte yine Tan'a göre demokratik kurumlar her zaman için

---

<sup>191</sup> Tan, s. 539.

<sup>192</sup> Tan, s. 539.

<sup>193</sup> Tan, s. 541-542.

<sup>194</sup> Thomas R. Dye, *Who's Running America? The Clinton Years*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1995, s. 8'den aktaran Tan, s. 542.

gelişmenin öznesidir. Yazar, Konfüçyüsçü yönetim anlayışıyla demokratik kurumların birleştirilmesi taraftarıdır. Ancak demokrasinin üzerinde Konfüçyüsçü elitizmin kurulmasına karşıdır. Çünkü ona göre elitizm demokrasinin düşmanıdır. Yazara göre Konfüçyüsçü bir demokraside elitizmin kuvvetli bir şekilde ele alınması aynı zamanda elitizmin dışlanmasıdır. Tarihsel olarak Çin’de Konfüçyüsçülük veya Konfüçyüsçü ideolojiyle ilişkilendirilen elitlerin yönetimi özgürlük ve eşitlik değerlerine az ilgi göstermiştir. Geçmiş yöneticiler veya atalar gibi gücü elinde bulunduranların herkes için neyin iyi olduğunu diğerlerinden daha iyi bildikleri ve diğerleri için karar alımında daha adil oldukları iddiası adaletsizlik ve tiranlık ile sonuçlanmıştı. Tan’a göre Konfüçyüsçü elitizm kapalı ve imtiyazlı olmaktan ziyade fonksiyonel ve meritokratik olmalıdır. Örneğin öğrenci kabulünde Konfüçyüsçü elitler, üyelerini bütün sosyal seviye ve gruplardan seçmelidir. Tan’a göre böyle bir düzen, katı bir hiyerarşiden ayrı, bir kişinin pozisyonunun bir defada ve herkese açık belirlendiği farklılaştırılmış bir düzene işaret eder. Seçkin sınıfa aidiyet, zamana göre değişebilir ve hayat boyu mensubiyet yoktur. Tan, karar alma gücünün sınırlı olduğu ve üyeleri belli konularda yetenekli ve saygın kişilerden oluşan bir kurumlar düzenine sahip olmayı önerir. Seçim süreci yalnızca rekabetçi sınavlara dayalı olmamalıdır; fakat adayların yeteneklerini ve kabiliyetlerini değerlendirmeye uygun diğer araçları kapsamalıdır.<sup>195</sup>

## SONUÇ

Meritokrasi, Prusya Kralı I. Frederick’in devlet kadrolarına girişte ilk defa hukuk öğrenimini zorunlu kılan uygulamalarında görüldüğü gibi işe alımda veya göreve gelmede belli becerilere, uzmanlığa ve yeterliliğe sahip olunmasını gerektiren bir sistemdir. Kaynakların verimli kullanılmasını, topluma en iyi hizmetin sunulmasını sağlama, hak edene hak ettiğinin verilmesi suretiyle toplumsal barışı gerçekleştirme, ayrımcılıkların önüne geçme, çabanın ödüllendirilmesi yoluyla sosyal mobilizasyonun sağlanması meritokratik yönetimin sonuçlarındandır. Meritokrasinin tam zıddı ise kayırmacılık veya nepotizmdir. Singapur’da olduğu gibi meritokrasinin kuvvetli bir şekilde uygulanması ekonomide güçlenmeyi ve siyasal istikrarı beraberinde getirir veyahut ABD’de olduğu gibi yetenekliler tarafından tercih edilen bir ülke haline getirebilir. Farklı görüşler bulunmakla birlikte kavramı ilk ortaya çıkardığı çoğunlukça düşünülen Michael Young’ın meritokrasiye ilişkin yergisinde olduğu gibi yapılabilecek en büyük eleştirilerden biri meritokrasinin bir yetenekler aristokrasisine yol açması ve dolayısıyla sanıldığı kadar yoğun bir şekilde sosyal mobilizasyonu sağlamamasıdır. Zira toplum içinde iyi olanaklara sahip olan ailelerde yetişen bireylerin diğerlerine nazaran

<sup>195</sup> Tan, s. 545-548.

yarışa nde başladığı söylenebilir. Dolayısıyla meritokrasi hiçbir zaman tabakalaşmanın önüne geçilmesini veya gerçek bir sosyal adaleti vadedemez. Aynı zamanda meritokrasi ülkedeki sosyoekonomik durumlar arasındaki uçurumların göz ardı edilmesine yol açar. Meritokraside genel sınavlar gibi yeteneklerin değerlendirilmesini sağlayan araçlar konusunda da eksikliklerin olabileğeği belirtilebilir. Zira bu araçlar her zaman sözel veya sayısal bilimlere ilişkin bilginin yanında bireyin insani bilgisi ve tecrübesinin ölçülebilmesini sağlamaz.

Meritokraside toplumsal adaleti sağlama gayesiyle atılan adımlardan kota sistemleri ve pozitif ayrımcılık da yeterince hakkaniyeti doğuramaz, zira burada tam rekabetin önüne geçilmekte, süresiz bir şekilde bazı gruplara diğerlerine kıyasla imtiyaz tanınmaktadır. Ayrımcılıkların önüne geçilmesi ve daha korunmasız durumda olanların eşit rekabete dahil olması hedeflenmekle birlikte yasanın aradığı koşullara uyan her bireyin bu koşullar içinde yer almayan bireylere nazaran her zaman daha korunmasız olduğu iddia edilemez.

Meritokrasi eleştirilebilir olmakla birlikte meritokrasideki değerlendirme sürecinin yerine getirilebilecek veya bu değerlendirme sürecine ikame edilebilecek daha adil bir yetkilendirme ve görevlendirme usul bulunmamaktadır. Dolayısıyla meritokrasi, her kesimden zeka ve yetenek sahibi bireylere arzu ettiği sosyal statüye ulaşma imkanı tanıyan bir ideolojidir. Meritokratik bakışta liyakatin esas alınması ve fırsat eşitliğinin bütün topluma yayılması temel ilkelerdendir. Burada liyakatin tanımı ve meritokrasinin *uygulanmayan* bir yazılı kural olmaması durumu ülkesel tercihlere ve toplumsal ve siyasal teamüllere bağlıdır.



## KAYNAKÇA

- Aktan C C, “Patolojik Meritokrasi: Distopya’ya Dönüşen Bir İmkânsız İdeal”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, 10(26), 2021, s.10-29.
- Albayrak S O, “ABD Kamu Personel Rejiminde Esnek İstihdam (At-Will Employment) Eğilimi”, *Mülkiye Dergisi*, 40(2), s.43-66.
- Allen A, “Michael Young’s The Rise of the Meritocracy: A Philosophical Critique”, *British Journal of Educational Studies*,59(4), 2011, s. 367-382.
- Alvarado L A, “Dispelling the Meritocracy Myth: Lessons for Higher Education and Student Affairs Educators”, *The Vermont Connection*, 31, 2010, s. 10-20.
- Barbosa L, “Meritocracy and Brazilian Society”, *Revista de Administração de Empresas*, 54(1), 2014, s. 80-85.
- Bellows T J, “Meritocracy and the Singapore Political System”, *Asian Journal of Political Science*, 17(1), 2009, s. 24-44.
- Castilla E J/ Benard S, “The Paradox of Meritocracy in Organizations”, *Administrative Science Quarterly*, 55(4), 2010, s. 543-576.
- Conrad T R, “The Debate About Quota Systems: An Analysis”, *American Journal of Political Science*, 20(1), 1976, s. 135-149.
- Çamur Ö, “Kamu Yönetiminde Liyakatin Önemi: Adalet Temelinde Bir Değerlendirme”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(2), 2020, s. 459-474.
- Daniels N, “Merit and Meritocracy”, *Philosophy & Public Affairs*, 7(3), 1978, s. 206-223.
- Eryılmaz B, “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 26(4), 1993, s. 81-106.
- Hing L ve diğerleri, “The Merit of Meritocracy”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 101(3), 2011, <<https://www.archives.gov/milestone-documents/pendleton-act#:~:text=The%20Pendleton%20Act%20provided%20that,were%20covered%20by%20the%20law>>, Erişim Tarihi 06.06.2022, s. 433-450.
- Jones H, “Fairness, Meritocracy, and Reverse Discrimination”, *Social Theory and Practice*, 4(2), 1977, s. 211-226.
- Kim C-H/ Choi Y-B, “How Meritocracy is Defined Today?: Contemporary Aspects of Meritocracy”, *Economics and Sociology*, 10(1), 2017, s. 112-121.
- Little J, *Against Meritocracy: Culture, Power and Myths of Mobility*, Routledge, New York, 2018.
- McCourt W, “The Merit System and Integrity in the Public Service”, Conference on Public Integrity and Anti-corruption in the Public Service, 29-30, 2007, <[https://hummedia.manchester.ac.uk/institutes/gdi/publications/workingpapers/depp/d\\_epp\\_wp20.pdf](https://hummedia.manchester.ac.uk/institutes/gdi/publications/workingpapers/depp/d_epp_wp20.pdf)>, Erişim Tarihi 05.04.2022.
- McCoy S K/ Major B, “Priming Meritocracy and the Psychological Justification of Inequality”, *Journal of Experimental Social Psychology*, 43, 2007, s. 341-351.
- Meroe A S, “Democracy, Meritocracy and the Uses of Education”, *The Journal of Negro Education*, 83(4), 2014, s. 485-498.

- Mijs J.J.B./ Savage M, “Meritocracy, Elitism and Inequality”, *The Political Quarterly*, 91(2), 2020, s. 397-404.
- Mueller H, “Patronage or Meritocracy: Political Institutions and Bureaucratic Efficiency”, Spanish National Research Council, unpublished manuscript, 2009, s. 1-30.
- Nart S, “Kamu Kurumlarının DNA’sı Dijital Dönüşüme Hazır mı? Meritokrasi Perspektifinden Bir Değerlendirme”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 8(3), 2019, s. 2834-2851.
- Neves L M P, Putting Meritocracy in its Place: The Logic of Performance in the United States, Brazil, and Japan”, *Critique of Anthropology*, 20(4), 2000, s. 333-358.
- Nicholas T, “The Myth of Meritocracy: An Inquiry into the Social Origins of Britain’s Business Leaders Since 1850”, Economic History Working Papers (53/99), Department of Economic History, *London School of Economics and Political Science*, 1999, <<http://eprints.lse.ac.uk/22385/1/wp53.pdf>>, Erişim Tarihi 07.04.2022.
- Öztürk N K, “Liyakat Sistemini Korumanın Farklı Bir Yolu: Liyakat İlkesi Koruma Kurulu”, *Türk İdare Dergisi*, 435, 2002, s. 129-143.
- Prix I, *Limits of Meritocracy: How Fields of Study and Gender Segregation Affect Social Stratification in Finland*, Ruse, Turku, 2014.
- Sen A, “Merit and Justice”, Kenneth Arrow, Samuel Bowles, Steven N. Durlauf (Ed.), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton University Press, 2000, s. 5-16.
- Sezer Y, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(3-4), 2003, s. 153-171.
- Tan S-H, “Beyond Elitism: Community Ideal for a Modern East Asia”, *Philosophy East and West*, 59(4), 2009, s. 537-553.
- The Regional Hub of Civil Service in Astana, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Meritocracy for Public Service Excellence, 2015, <<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Meritocracy-PSE.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022.
- The World Bank, World Development Report 2006: Equity and Development, Washington DC, 2005.
- Topdemir T A/ Öncer A Z, “Politik Yetinin Örgütsel Sapma Davranışı Üzerindeki Etkisinde Meritokrasinin Rolü”, *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, 15(54), 2020, s. 555-585.
- Torun Y, “Meritokrasi: Adaletin Terazisi mi Yoksa Bir Adalet İllüzyonu mu?”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, 7(26), 2009, s. 89-99.
- Uz A, “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 2011, s. 59-94.
- World Development Report 2006, Equity and Development, The World Bank, 2005.
- Yıldırım M, “Kamu Yönetiminin Kadim Paradoksu: Nepotizm ve Meritokrasi”, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 11(2), 2013, s. 353-380.
- Young M, *The Rise of the Meritocracy: 1870-2033 An Essay on Education and Equality*, Penguin Books, 1961.
- Zilliotti E, “The Moral Basis of Political Meritocracy”, *Philosophy and Public Issues*, 7(1), 2017, s. 246-270.

# MÜLTECİLERİN İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN ROLÜ\*

Ertuğrul YAZAR\*\*

## ÖZET

*Mültecilerin insan haklarının ulusal düzeyde korunması ve geliştirilmesinde etkili bir iç hukuk yolu olan Anayasa Mahkemesi, idarenin ihlal veya ihmal boyutuna ulaşan her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık tutulması ilkesi uyarınca, uyuşmazlıkların giderilmesini sağlayarak iç hukukta önemli bir denetim işlevi üstlenmektedir. Mahkeme, mültecilerin insan haklarını soyut ve somut norm denetiminin yanı sıra bireysel başvuru usulü yoluyla da korumaya hizmet etmekte; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı, uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunun iç hukuka yansımada kilit bir rol oynamaktadır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin soyut ve somut norm denetimi işlevi ile mültecilerle ilgili verdiği bireysel başvuru kararlarında hangi insan hakları kategorilerine odaklandığı, değerlendirmelerinde hangi hukuki normları referans aldığı ve bunları nasıl yorumladığı, karara konu değerlendirmeleriyle hangi kurumları nasıl etkilediği ve onlara ne şekilde yol gösterdiği detaylıca ele alınmaya çalışılacaktır. Ayrıca çalışma, Mahkemenin varlığının ülkemize ne denli ciddi kazanımları olduğunu ve iç hukukta özellikle mültecilerin insan haklarının korunması için neden çok önemli bir rol üstlendiğini ortaya koymaya çalışmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Mülteci, Anayasa Mahkemesi, insan hakları, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı.

## THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT THROUGH THE PROTECTION OF THE HUMAN RIGHTS OF REFUGEES

### ABSTRACT

*The Constitutional Court, an effective domestic remedy for the protection and promotion of the human rights of refugees at the national level, undertakes an important audit function in domestic law by ensuring that disputes are resolved following the principle of keeping the judicial remedy open for all kinds of acts and actions of the state authorities that reach the level of violation or negligence. The Court accomplishes to protect the human rights of refugees through the individual application procedure besides abstract and concrete norm control, and plays a key role in the reflection of the European Court of Human Rights case-law, international human rights, and refugee law in domestic law. In this study, it will be discussed in detail that the function of the abstract review and concrete norm control of norms of the Constitutional Court, categories of the human rights that the Court focuses on in individual application decisions regarding refugee individuals, which legal norms it*

---

\* Bu makale, 7-8 Aralık 2017 tarihinde “Mültecilerin Adalete Erişimi – Özgünlükler ve Kapasiteler” başlıklı Uluslararası Konferansta sunulan tebliğin geliştirilmiş ve güncellenmiş halidir. Çalışma akademik usule uygun olarak söz konusu dergide ilk kez yayınlanmaktadır.

\*\* Dr., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu / ANKARA, e-posta: [yazarertugrul@gmail.com](mailto:yazarertugrul@gmail.com),

ORCID: 0000-0002-2508-1201

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1142003

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07/07/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/11/2022

*references in its evaluations and how it interprets them, how it affects which institutions and how it guides them with the evaluations that are the subject of the decision. In addition, the study tries to reveal how the existence of the Court has gained serious benefits for our country and why it plays a very substantial role in domestic law, especially for the protection of the human rights of the refugees.*

**Keywords:** *Refugee, the Constitutional Court, human rights, the right to life and prohibition of torture and ill-treatment, the right to liberty and security of person.*

## GİRİŞ

Devletlerin, ülke topraklarında veya etkin denetim bölgelerinde bulunan mülteciler ve diğer yabancılar dâhil olmak üzere herkesin insan haklarına saygı gösterme, bu hakları koruma ve insan haklarından kaynaklı sorumluluklarını yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün önemli bir boyutunu da yargısal süreçler oluşturmaktadır. İdarenin ihlal veya ihmal boyutuna ulaşan her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması anayasal bir yükümlülüktür. Bu doğrultuda, hukuk âleminde etki doğuran her idari veya yargısal işleme karşı mülteciler herhangi bir gecikme olmaksızın şikâyetlerini dile getirebilmeli ve etkili hak arama mekanizmalarına başvuru yaparak çözüm yolu arayabilmelidir. Başvuru yapılabilecek yargısal mercilerden biri de Anayasa Mahkemesi'dir (AYM).

AYM, soyut ve somut norm denetimi ve bireysel başvuru usulüyle mültecilerin insan haklarını korumaya hizmet eden iç hukuktaki son ve en etkili başvuru ve yargı mercii olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunun iç hukuka yansımaları, uyuşmazlıkların giderilmesi, haksızlıkların önüne geçilerek adaletin tesis edilmesi, ülkemize ve yargıya olan güvenin artması, kurumun kamuoyunda bilinirliğinin ve tanınırlığının artması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önündeki dava ve ihlal sayısının azalması, etkili değerlendirme ve resen araştırma konusunda ilk derece mahkemelerine yol gösterilmesi, yasama organına yapılması gereken norm düzenlemeler açısından rehberlik sağlanması gibi birçok alanda AYM'nin önemli bir rolü ve işlevi bulunmaktadır.

Diğer yandan, AYM'nin söz konusu kararlarıyla varlığı, mültecilerin insan haklarının korunmasına da hizmet etmektedir. Bu çalışmada, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, etkili başvuru hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında mültecilerin insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde AYM'nin ne kadar önemli bir görev üstlendiği detaylı bir biçimde ortaya konulmaya çalışılacak; sırasıyla, kavramsal çerçeve, mültecilerin insan haklarının korunması ihtiyacı, iç

hukukta mültecilerin insan haklarının korunması ile mültecilerin insan haklarının korunmasına yönelik AYM kararları ele alınacaktır.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE: İNSAN HAKLARI VE BİR İNSAN OLARAK MÜLTECİLER

İnsan hakları, “pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri” ifade etmektedir.<sup>1</sup> İoanna Kuçuradi’ye göre insan hakları, “herkesin yolunu aydınlatan bir fener, bir ide-gereklilik, tüm iyi ilkelerin, erdemlerin üst şemsiyesi ve modern çağın evrensellik düşüncesinin ürünü”dür.<sup>2</sup> İnsan hakları, din, ırk, milliyet, cinsiyet veya kimliğimizi oluşturan özelliklerden dolayı ayrıma tabi tutulmaksızın herkes için şerefli bir hayatı güvence altına alma projesidir. Bu bağlamda insan hakları bakış açısı, hiçbir ayırım gözetilmeksizin “herkesi resme dâhil etmekte” ve “kimsenin geride bırakılmadığından” emin olunmasını sağlayan bir rehber görevi üstlenmektedir. Bu rehberlik, mültecileri de kapsamaktadır. Bir başka ifadeyle insan hakları evrenseldir ve mülteciler de bu evrenin ayrılmaz bir parçasıdır.

İnsan hakları, tarihsel olarak, insanlığın maruz kaldığı haksızlık pratiklerine bir yanıt olarak toplumsal mücadelelerden doğduğu için yine insanların eseridir ve bu yüzden çok güçlü bir “meşruiyet kaynağı”na sahiptir.<sup>3</sup> Bu yönde Michael Freeman da insan haklarını “savaşan bir inanca” benzetmekte, insan haklarının faşizm, Nazizm veya onlardan kalıntı ideoloji ve uygulamalara bir karşı “çıkış” olarak gelişmiş, diktatörlük ve ırkçılığın her türüsüne bir karşı “duruş” benimsemiş olduğunun altını çizmektedir.<sup>4</sup> Birleşmiş Milletler (BM) İş Hayatı ve İnsan Hakları Özel Raportörü John Ruggie, insan haklarının basit ancak bir o kadar da güçlü bir fikre dayandığını ifade eder: insanlara onurlu davranmak.<sup>5</sup>

Ortak evrensel değerler sistemi üzerine inşa edilmiş “insan hakları” olgusunun temelinde, insanların sahip olduğu yaratma, üretme, emek gücü gibi nitelikleri nedeniyle diğer varlıklardan ayrılan “insanın değeri ile onur ve haysiyetini koruma” niyeti yatar. Bu niyet kendine, insanlara korku ve sefaletten arınmış bir dünya kurmayı hedef ve rehber edinir. Bu hedef ve rehberlik, hiçbir ayırım yapılmaksızın, bütün niteliklerinden bağımsız olarak tüm

<sup>1</sup> Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, BDS Yayınları, 1994, s. 13-14.

<sup>2</sup> İoanna Kuçuradi, ‘TİHEK Akademi - İnsan Hakları Söyleşileri - Prof. Dr. İoanna Kuçuradi’ (2022) (tihek.gov.tr 15 Eylül 2021) <<https://www.tihek.gov.tr/tihek-akademi-insan-haklari-soylesileri-basladi/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2021.

<sup>3</sup> Mithat Sancar, *Devlet Akli Kısıkcısında Hukuk Devleti*, 2. Basım, İletişim Yayınları, 2000, s. 117.

<sup>4</sup> Michael Freeman, *İnsan Hakları Disiplinlerarası Bir Yaklaşım*, 1. Baskı, Birleşik Yayınları 2008, (Çev: A. Erkan Koca- Asena Topçubaşı), Önsöz.

<sup>5</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, *İnsan Hakları Odaklı Polis Eğitimi: Polis Eğitimcileri İçin Eğitim Kılavuzu*, 1. Baskı, Polis Akademisi Başkanlığı Yayınları, 2020, (Çev. Funda Çankaya), s. 37.

insanların korunmasını gerektirir.<sup>6</sup> Bu korumadan pek tabii diğer insanlarla eşit bir biçimde mülteciler de yararlanmalıdır. Bir yabancı bileşeni olarak mültecilerin ulusal ve uluslararası hukukun güvencelerinden faydalanmalarının özü, bu kişilerin “hukuk öznesi/süjesi” olarak kabul edilmelerinden kaynaklanmaktadır.<sup>7</sup>

Mülteciler birer “istatistiki veri” olmamakla birlikte resmi sayılar bu olgulara geniş bir perspektiften bakmaya yardımcı olabilir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) her yıl “20 Haziran Dünya Mülteciler Günü” vesilesiyle yayımladığı Küresel Eğilimler Raporu -2021 yılı ortasını esas alan- verilerine göre; dünyada zorla yerinden edilmiş kişi sayısı 84 milyon olup bu rakamın yaklaşık 26,6 milyonunu mülteciler, 4,4 milyonunu ise sığınmacılar oluşturmaktadır. Dünya genelinde “en çok mülteciye kaynaklık eden ülke” yaklaşık 6,8 milyon ile Suriye'dir. Büyük çoğunluğu Suriyeli olmakla birlikte 3,7 milyon mülteciye ev sahipliği yapan Türkiye ise, “dünyada en fazla mülteci barındıran ülke” konumundadır.<sup>8</sup> Bu çalışmada, mülteci kavramının diğer uluslararası koruma çeşitlerini de içerecek genişlikte dikkate alınmasında, BMMYK'nın bu verileri etkili olmuştur.

BM Mülteciler Yüksek Komiseri Filippo Grandi, “*Günümüzde zorunlu yerinden edilmenin yalnızca çok daha yaygın değil, aynı zamanda artık kısa vadeli ve geçici bir fenomen olmadığı konusunda değişen bir gerçeğe tanıklık ettiğimizi*” ifade ederek bir nevi rapordaki karamsar tabloyu desteklemektedir.<sup>9</sup> Söz konusu sayısal veriler, günümüz dünyasında mülteciler de dâhil olmak üzere yerinden edilmiş tüm kırılgan grupların çok daha ciddi ve açık bir biçimde korunmaya ihtiyacı olduğunu ortaya koymaktadır. Castles ve Miller'in “Göçler Çağı” olarak nitelendirdiği yüzyılımızda bilhassa mültecilerin insan haklarının korunması çabaları da bu açıdan önem arz etmektedir.<sup>10</sup>

BM Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme'nin (kısaca Cenevre Sözleşmesi) 1'inci maddesi<sup>11</sup> ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)

<sup>6</sup> TAA, *İnsan Haklarını Anlamak İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı*, 3. Baskı, TAA Yayınları 2014, s. 32.

<sup>7</sup> Rona Aybay/ Esra Dardağan Kibar, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010, s. 47.

<sup>8</sup> BMMYK, ‘About Us: Figures at a Glance’ (unhcr.org 18 Haziran 2021) <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.

<sup>9</sup> BMMYK, ‘Global forced displacement vastly more widespread in 2019’ (unhcr.org 18 Haziran 2020) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2020/6/5eea140f4/global-forced-displacement-vastly-widespread-2019.html>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.

<sup>10</sup> Mark J. Miller/ Stephen Castles, *Göçler Çağı: Modern Dünyada Uluslararası Göç Hareketleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 17.

<sup>11</sup> Convention relating to the Status of Refugees [1951] UN V429.

61'inci maddesi<sup>12</sup> birlikte değerlendirildiğinde *mülteci*; “Avrupa’da meydana gelen olaylar neticesinde, anılan nedenlerle (ırk, din, uyrukluk, toplumsal gruba aidiyet veya politik düşünce) zulüm göreceğinden haklı sebeplerle korktuğu için tabi olduğu ülkede bulunmayan ve bu ülkenin korumasından faydalanamayan veya faydalanmayı arzulamayan yabancı kişi veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, o ülkeye dönemeyen veya bu korku nedeniyle dönmeyi arzulamayan vatansız kişi”dir. Türkiye sözleşmeye taraf olurken, coğrafi sınırlama şerhi koymuş ve bu sınırlamayı günümüze kadar da muhafaza etmiştir. Sözleşmeye konulan bu şerh nedeniyle Türkiye açısından mülteci, sadece Avrupa ülkelerinden gelenleri kapsamaktadır.<sup>13</sup>

Suriye gibi komşu ülkelerde yaşanan istikrarsızlık ve iç savaşlar, kitlesel hareketlere karşı farklı kavramsal çerçeveler üzerinden tedbir almayı elzem kılmıştır. Bu bağlamda Türkiye özelinde bu kavramların yanı sıra Suriyelilerin sahip olduğu “geçici koruma statüsü” de zikredilmelidir. YUKK’un 91’inci maddesi, “ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabileceği” hükmünü havidir. Söz konusu maddeye dayanılarak, Türkiye’deki ve sonradan gelmesi muhtemel Suriyelilere yapılacak işlemleri içerecek şekilde hazırlanan “Geçici Koruma Yönetmeliği” 2014 yılında yayımlanmıştır.<sup>14</sup>

*Sığınmacı* ise, zulüm veya ciddi zarardan korunmak amacıyla, kendi ülkesi dışında bir ülkede güvenlik arayışında olan ve ilgili ulusal ya da uluslararası belgeler çerçevesinde “mültecilik statüsüne ilişkin yaptığı başvurunun sonucunu bekleyen kişi”dir. Bir başka ifadeyle uluslararası koruma statüsü kazanmak için başvuruda bulunan ancak resmi makamlarca başvurusu henüz karara bağlanmamış kişiler için kullanılmaktadır.<sup>15</sup> YUKK’un yürürlüğe girmesiyle beraber uluslararası koruma çeşitleri; mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü olarak belirlenmiş<sup>16</sup>, YUKK’a dayanılarak çıkartılan Geçici Koruma

<sup>12</sup> YUKK, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

<sup>13</sup> Sözleşme’nin 1951 yılında kabul edilen ilk halinde zamansal ve coğrafi bakımdan 2 farklı şerh yer almaktaydı. 1967 Protokolü ile sözleşmedeki mülteci tanımında yer alan “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda” ifadelerinin çıkarılarak zamansal sınırlama tüm devletler için kaldırılmış, coğrafi sınırlama ise devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Türkiye, 29 Ağustos 1961 tarihinde bu konudaki deklarasyonunu açıklarken sözleşmenin kapsamını “Avrupa’da meydana gelen olaylar nedeniyle” şeklinde anladığını ve kabul ettiğini ifade etmiştir. Hâlihazırda Türkiye, coğrafi sınırlandırmayı sürdüren tek ülke konumunda olup yalnızca Avrupa kıtasından ülkemize giriş yapıp diğer koşulları taşıyan kişilere mülteci statüsü tanıyabilmektedir.

<sup>14</sup> Geçici Koruma Yönetmeliği, Dayandığı Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 22.10.2014, RG 22.10.2014/29153, m. 61.

<sup>15</sup> Richard Perruchoud/ Jillyanne Redpath, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, Uluslararası Göç Örgütü Yayınları, 2011, s. 74.

<sup>16</sup> YUKK, m.60-63.

Yönetmeliğiyle de, 30.11.1994 tarihli (Türkiye'ye İltica Eden...) Yönetmelik<sup>17</sup> yürürlükten kaldırılmış ve iç hukukta sığınmacı kavramı tümüyle terk edilmiştir. Bununla birlikte bu çalışmada, savaş, zulüm vb. nedenlerle ülkesini terk eden ve uluslararası koruma talebinde bulunan tüm kişileri ifade etmek üzere uluslararası hukuka ve yayımlanan BMMYK verilerine uygun olarak yalnızca “mülteci” kavramı tercih edilecektir. Buna dayalı olarak Cenevre Sözleşmesine konulan şerh uyarınca YUKK da düzenlenen diğer uluslararası koruma çeşitleri ve geçici koruma statüsü de mülteci olarak dikkate alınacak, iç hukuktan kaynaklı farklılıklar anlam karmaşasını önlemek üzere göz ardı edilecektir.

## II. MÜLTECİLERİN İNSAN HAKLARININ KORUNMASI İHTİYACI

Mültecilerin insan haklarının korunması ihtiyacı, uluslararası düzeyde örgütlere üye olmayı, gerekmesi halinde farklı alt yapılar oluşturmayı, örgütlerin çabalarıyla hazırlanan ve yükümlülükler tanımlayan uluslararası sözleşmelere taraf olmayı; ulusal düzeyde de gerek uluslararası hukuk gerekse de iç hukuk uyarınca kanuni, idari ve benzeri düzenlemeler yapmayı gerekli kılmaktadır. Türkiye, BM ve Avrupa Konseyi gibi örgütlere taraf olması nedeniyle birtakım insan hakları yükümlülüklerini de beraberinde kabul etmiştir. Yine BM Şartı, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Mülteci ve Göçmenlere Yönelik New York Deklarasyonu gibi metinlerin kabul edilmesi uluslararası düzeyde atılan adımlara örnek gösterilebilir. Mültecilerin insan haklarının daha iyi korunabilmesi amacıyla kurulan BMMYK ile de Türkiye yakın işbirliği ve diyalog sürecine önem vermektedir. Türkiye, Ankara'daki merkez ofisinin yanı sıra Gaziantep, Hatay, İstanbul, İzmir, Şanlıurfa ve Van'daki saha varlığıyla dünyadaki en büyük operasyon alanlarından birine sahiptir.<sup>18</sup>

Uluslararası mülteci hukukunu tamamlayıcı bir işlev üstelenen AİHS'nin gereğince uygulanması, Avrupa Konseyine üye devletlerin yetki alanları içerisindeki mültecilerin hak ve hürriyetlerinin korunmasında bilhassa önem arz etmektedir. BM, Avrupa Konseyi gibi örgütlere taraf olan Türkiye, mültecilerin hak ve hürriyetlerini korumak üzere bu sözleşmelere taraf olmanın yanı sıra, ulusal düzeyde de insan haklarıyla ilgili önemli yeniliklere imza atmıştır.

Bu yeniliklerden ilki, uluslararası bir sorun hâline gelen düzensiz göçle mücadelenin

<sup>17</sup> Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılarla ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Kabul Tarihi: 14.09.1994, RG 30.11.1994/22127.

<sup>18</sup> BMMYK, 'Türkiye'de UNHCR' (unhcr.org 3 Ocak 2021) <<https://www.unhcr.org/tr/turkiyede-unhcr>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.



hukuki alt yapısının oluşturulması, Türkiye’den koruma talep eden mülteci ve diğer yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi gibi amaçlarla 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı YUKK’un hazırlanması ve yürürlüğe konulmasıdır. Yürürlükle birlikte Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (yeni adıyla Göç İdaresi Başkanlığı) kurulmuş, bu sayede mülteci ve diğer yabancıların insan haklarının korunmasında “muhatap bir kurum” belirlenebilmiştir.<sup>19</sup>

Mülteciler dâhil tüm insanların hak ihlalleri ve mağduriyetlerini mahkeme yoluna başvurmadan önce çözüme kavuşturabilecek ve proaktif eylemler geliştirebilecek nitelikte iki hak arama mekanizmasına değinmekte yarar vardır. Ulusal insan hakları reformunun bir parçası olarak zikredilebilecek bu kurumlar, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) ile Kamu Denetçiliği Kurumu’dur (KDK). Bir hak arama mekanizması olarak 6701 sayılı Kanunla kurulan TİHEK; “*insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda Ulusal Önleme Mekanizması (UÖM) görevini yerine getirmekle görevli ve yetkili*”dir. Kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ya da koruma altına alındığı yerleri düzenli aralıklarla haberli veya habersiz ziyaret etme ve bu yerlerdeki muamele ve koşulların iyileştirilmesini sağlama amacını taşıyan UÖM görevi bağlamında TİHEK, geri gönderme merkezleri, kabul ve barınma merkezleri, insan ticareti mağdurları sığınma evi gibi mültecilerle ilgili merkezleri ziyaret etmekte; tespit, gözlem, görüş ve tavsiyelerine ilişkin izleme ziyaret raporlarını hazırlayarak kamuoyuyla paylaşmaktadır.<sup>20</sup> Önleyici bir sisteme bağlı olmayıp idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine KDK da, geri gönderme merkezlerini ziyaret etmekte veya ziyarete bağlı olmaksızın geri gönderme merkezlerinden gelen şikâyetleri insan hakları, hukuk ve hakkaniyete uygunluk gibi yönlerden inceleyerek idareye önerilerde bulunabilmektedir.<sup>21</sup>

2012 yılında AYM’ye getirilen bireysel başvuru yolu ise bir diğer önemli yeniliktir. Ulusal düzeyde mültecilerin insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde, etkili bir iç hukuk yolu olan AYM’ye önemli görev ve yetkiler düşmektedir. Soyut ve somut norm denetimlerinin yanı sıra bireysel başvuru usulüyle güçlendirilen AYM, 25 Eylül 2012 tarihinden bu yana verdiği kararlarla insan haklarının ulusal düzeyde korunması ve geliştirilmesinde önemli bir pozisyon üstlenmiştir. Bu usulle AYM, mülteci ve diğer

<sup>19</sup> YUKK, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

<sup>20</sup> TİHEK Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6.4.2016, RG 20.4.2016/29690.

<sup>21</sup> KDK Kanunu, Kanun Numarası: 6328, Kabul Tarihi: 14.6.2012, RG 29.6.2012/28338.

yabancılar da dâhil olmak üzere herkesin Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruları karara bağlamaktadır.

### III. İÇ HUKUKTA MÜLTECİLERİN İNSAN HAKLARININ KORUNMASI

Mültecilerin ve diğer yabancıların insan haklarının korunmasında iç hukukta yer alan en önemli belge 1982 Anayasası’dır. Anayasada önem arz eden maddelerden ilki ise, devletin temel amaç ve yükümlülüklerini düzenleyen 5’inci maddedir.<sup>22</sup> Bu maddede, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini korumak ve maddi ve manevi varlığının gelişmesi için çalışmak” şeklinde sayılan devletin amaç ve yükümlülüğünün mültecilerin hak ve hürriyetlerinin korunup geliştirilmesi bağlamında değerlendirilmesi önem arz eden bir madde olduğunun altı çizilmelidir. Dolayısıyla gerek diğer kurumlar gerekse de verdiği kararlar ve denetim prosedürleriyle AYM, mültecilerin hak ve hürriyetlerini koruma ile bu kişilerin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesini devletin bir parçası olarak dikkate alıp kararlarına yön vermelidir.

Devletin icra veya ihmal suretiyle ihlal boyutuna ulaşan her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması -Anayasa madde 125- ile mahkeme kararlarına uyulması insan haklarına dayanan ve hukukun üstünlüğüne inanan her devletin temel sorumluluğudur.<sup>23</sup> Mülteci ve diğer yabancılar hakkında idari gözetim kararı verilmesi, bu kişilerin sınır dışı edilmesi gibi statülerinde değişiklik doğuracak her türlü karara karşı “*yargı yolunun açık tutulması*” her devletin temel sorumluluğudur. Bu çerçevede hak ihlali iddiasıyla mülteciler, hukuka aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini önce ilgili taraftan talep etme, taleplerinin gerçekleşmemesi durumunda da konuyu yargıya taşıyarak çözüme kavuşturma yoluna sahiptir. Bu bağlamda AİHM’ye başvurmadan önce Türkiye’de son etkili iç hukuk yolu olarak mültecilerin AYM’ye bireysel başvuru prosedürünü işletmeleri gerektiği belirtilmelidir.

Anayasa’nın 10’uncu maddesi “*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” hükmünü ve 16’ncı maddesi “*temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka<sup>24</sup> uygun olarak kanunla sınırlanabilir*” hükmünü havidir.<sup>25</sup> Bu hükümler ışığında

<sup>22</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

<sup>23</sup> ibid 125.

<sup>24</sup> Bir nevi uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen milletlerarası hukuk, “*devletlerce belirlenen ve iç hukuk kuralları dışında, insanların dünya üzerinde bir arada yaşamalarının zorunlu kurallarını belirleyen davranış kuralları*” olarak tanımlanabilir. Bkz: İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, Genişletilmiş 2.

eşitlik ilkesini verdiği kararlarla uygulamaya geçirecek kurumlardan biri AYM'dir. Mültecilere yönelik aleyhe sonuç doğuracak ayrımcılık niteliği taşıyan hükümlerin hukuki denetiminin sağlanması da bu bağlamda önem arz etmektedir. Dolayısıyla yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması hem uluslararası hukuk kurallarına uygun olmalı hem de kanun altı düzenlemelere konu edilmemelidir. Sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olmasının yanı sıra, ancak kanunla düzenlenebilmesi ve kanunun da milletlerarası hukuka aykırı olmamasının yabancılar açısından iki yönlü bir güvenceyi bünyesinde barındırdığının altı çizilmelidir.<sup>26</sup>

Mültecilerin hak ve özgürlüklerinden biri olan işkence ve kötü muamele başlığı genellikle geri gönderme yasağı (*non-refoulement* ilkesi) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu yasak veya ilke, devletlerin mültecileri “ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir gruba aidiyeti veya siyasi düşüncelerinden ötürü hayat ve hürriyetinin tehlikeye düşeceği ülkeye göndermeme” yükümlülüğünü ifade etmektedir.<sup>27</sup> Uluslararası hukuka paralel şekilde YUKK'ta geri gönderme yasağına yer verilmiştir. Geri gönderme yasağı başlıklı 4'üncü madde: “Bu kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.” hükmünü havidir.<sup>28</sup> Söz konusu kanun hükmü Cenevre Sözleşmesi ile birlikte yorumlandığında, geri gönderme yasağı ilkesinin “geri göndermeme” ve “iade etmeme” sonucunu doğuran her türlü aktif ve pasif işlemi kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, suçluların iadesi, sınır dışı etme, hatta ülke harici, deniz aşırı müdahaleler aktif işlemlere; sınırda kabul etmeme, temel yaşamsal ihtiyaçların karşılanmaması, çalışma ve seyahat hürriyetinin kısıtlanması pasif işlemlere örnek verilebilir.<sup>29</sup>

Adil yargılanma hakkı bağlamında kişilerin bağımsız bir mercie başvurma imkânının sağlanması, tercüman veya avukat hizmetinden faydalanması, savunmasının alınabilmesi için kendisine zaman tanınması gibi hususlarda yine taraf devletin sorumluluğu doğmaktadır. Ancak geri gönderme yasağı bağlamında sınır dışı etme kararlarının incelendiği başvurularda AİHM ve AYM, AİHS'nin 3'üncü maddesini esas alıp 6'ncı maddesinin uygulanamayacağı

Baskı, Astana Yayınları, 2013, s. 38.

<sup>25</sup> ibid 10-16.

<sup>26</sup> Salımya Ganiyeva, “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakkı ve Uygulamada Karşılaştıkları Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 139 (1), 2018, s. 262. s. 257-285.

<sup>27</sup> Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınları, 2016, s. 139.

<sup>28</sup> YUKK, m.4.

<sup>29</sup> Nazlı Töre, *Uluslararası Göç Hukuku*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016, s. 234.

yönünde içtihat geliştirmiştir. Bu yöndeki kararlar bireysel başvuru yolu başlığı altında paylaşılmaktadır.

Mülteciler, diğer bireylerle “eşit bir biçimde” uluslararası hukukta tanınan tüm insan haklarına sahiptir. Bununla birlikte devletler “vatandaşlık statüsü” verdiği kişilere, gerek uluslararası hukuk gerekse de iç hukuk bağlamında vatandaşı olmayıp ülkesinde bulunan sakinlere veya mülteciler gibi diğer milletlerden kişilere veya vatansızlara nazaran daha özel ayrıcalıklar tanımaktadır. Bu ayrıcalıkların vuku bulduğu alanlardan biri kişinin hak ve özgürlükleri yani “insan hakları”dır. Bu noktada, devletin kendi vatandaşlarına ya da çok yakın bağlantılara sahip olduğu ülkelerin vatandaşlarına “tercihli muamelede bulunması” ayrımcılık olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>30</sup>

Tercihli muamelede bulunulan hakların başında siyasi hakların yer aldığı görülmektedir. Bir ülkenin vatandaşı olma, o ülkenin siyasi faaliyetlerine katılabilme hakkına sahip olmakla eşdeğerdir. Bu bağlamda mültecilerin hak ve hürriyetleri ülke vatandaşlarının hak ve hürriyetlerinden farklılaşmaktadır.<sup>31</sup> Mülteciler, “siyasi haklar” kategorisinde yer alan; vatandaşlık hakkı, vergi ödevi, mal bildirimi, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi hak ve ödevlerden genellikle faydalanmamaktadır. Bir başka ifadeyle mültecilerin vatandaşlık statüsü kazanmadan bu hakları kullanabilmeleri mümkün değildir. “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlığını taşıyan Anayasa’nın ikinci kısmı; “genel hükümler”, “kişinin hak ve ödevleri”, “sosyal ve ekonomik hak ve ödevler” ile “siyasi haklar ve ödevler” şeklinde 4 bölüme ayrılarak bu farklılığın zeminini oluşturmaktadır.<sup>32</sup>

Mültecilerin insan haklarından faydalanmalarının ön koşullarından biri sığınma (iltica) prosedürüne erişim hakkıdır. Ancak sığınma prosedürüne erişim hakkı tanınmanın ülkelere yükleyebileceği kritik sorumluluklar göz önünde bulundurulduğunda, takdir marjı doktrinine uygun olarak ülkelere hareket alanı bırakılması uluslararası kamuoyunun genel yaklaşımıdır. Yine sosyal, siyasal ve ekonomik olarak farklı koşullara sahip ülkeler açısından konjonktürel durumların ortaya çıkabileceği öngörüsü nedeniyle ulusal ve uluslararası hukuk normları, farklı hükümler ihtiva edebilmektedir. Örneğin Anayasa’nın 48’inci maddesinde “herkese” tanınmış olan çalışma hakkına yabancılar için belli iş ve hizmet alanlarında sınırlamalar ve yasaklar getirilmesi uluslararası hukuka aykırı sayılmamalıdır. Benzer şekilde Anayasa’nın

<sup>30</sup> Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom, App no 9214/80, (ECHR 28 May 1985).

<sup>31</sup> Ertuğrul Yazar, *Sığınmacı ve Mültecilerin Hak ve Özgürlüklerinin Güvenlik Kapsamında Değerlendirilmesi*, Polis Akademisi Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017.

<sup>32</sup> Uğur Kara/ İlker Gökhan Şen/ Atilla Nalbant/ Ayşe Işıl Karakaş, “Türkiye’de İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri: 1982 Anayasasının Öngördüğü Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi”, Ayşe Işıl Karakaş/ İlker Gökhan Şen (Ed.), *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Anadolu Üniversitesi Yayını, 2015, s. 43.

sosyal ve ekonomik hak ve ödevler başlığı altında düzenlenen ailenin korunması, eğitim ve sağlık hakkı, çalışma hakkı gibi haklar da farklı bir rejim öngördüğünden diğer hak kategorilerinden farklılaşabilmektedir. Bu haklardan doğan görevleri devlet, amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek “maddi kaynakları ölçüsünde” gerçekleştirilebildiği için bu hakların tam anlamda gerçekleşmemesi veya devletin takdir marjı ile bu hakları sınırlandırılabilmesi mümkündür.<sup>33</sup> Ancak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin eğitim hakkı ve diğer bazı başlıklarda yer verdiği gibi “*devletin vatandaşlarına uyguladıkları muamelenin aynısını uygulama*” yükümlülüğü saklıdır.<sup>34</sup>

Devletin müdahale etmeme ve karışmama yükümlülüğü altında ele alınan negatif statü hakları ise, büyük oranda kişinin hak ve ödevleri ile genel hükümler başlığına tekabül etmektedir. Yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kişi özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi devletin büyük oranda pasif kalması gereken anayasal düzenlemeler “*jus cogens*” yani “amir hüküm veya emredici nitelikteki hukuk kuralları”dır. Bu çerçevede; diğer hak ve özgürlüklerin yanı sıra mültecilerin önemli insan hakları alanları; yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, etkili başvuru hakkı, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı olarak sıralanabilir. Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı her hal ve şartta korunması gereken ağır insan hakkı kategorileri arasında yer almaktadır. Yaşam hakkı konusunda devletlerin takdir marjı son derece sınırlı iken, işkence ve kötü muamele yasağı kapsamındaysa devletlerin herhangi bir takdir marjı bulunmamakta, söz konusu yasak “*jus cogens*” nitelikte kabul edilmektedir.<sup>35</sup> Bu iki hakla beraber ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı AİHM ve AYM’nin üzerinde ağırlıkla durduğu konu başlıklarıdır. Bunun yanı sıra mültecilerin de hak ve hürriyetlerinin en fazla ihlal iddiasına konu olduğu alanlardır.<sup>36</sup>

İstihdam hakkı/çalışma izni, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı gibi alanlarda da Türkiye hukuki düzenlemeler gerçekleştirerek mültecilerin hak ve hürriyetlerinin korunmasında eksik alan bırakmamaya çalışmıştır. Bu çalışmanın kapsamını aşacağı değerlendirildiğinden söz konusu haklar incelemeye alınmayacaktır.

<sup>33</sup> Rona Aybay/ Esra Dardağan Kibar, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010, s. 137-147.

<sup>34</sup> Convention relating to the Status of Refugees [1951] UN V429.

<sup>35</sup> Al-Adsani v United Kingdom, App no 35763/97, (ECHR 21 November 2001).

<sup>36</sup> Osman Doğru/ Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Baskı, Yargıtay Başkanlığı Yayınları, 2012, s. 9-317.

#### IV. MÜLTECİLERİN İNSAN HAKLARININ KORUNMASINA YÖNELİK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AİHS’de mülteciler ve/veya sığınma prosedürüne erişim hakkıyla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla mülteciler, AİHM’ye başvuru yapabilmektedir. AİHS’nin 53’üncü maddesi, Cenevre Sözleşmesi gibi mevcut uluslararası hukuk belgeleri dâhil olmak üzere insan haklarına yönelik bir güvence sunmakta, daha fazla koruma getiren hükümlerin üstün olduğunu ve/veya bunlara hanel getirilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim AİHM *Hirsi ve diğçerleri v. İtalya* kararında, söz konusu davaya ilişkin kendi değçerlendirmesini yaparken Cenevre Sözleşmesi’nden yararlanma yoluna giderek bu yöndeki tutumunu ortaya koymuştur.<sup>37</sup> AİHM, *Ransteç/Kıbrıs v. Rusya* kararında ise, AİHS’nin “parçasını oluşturduğı uluslararası hukukun diğçer kurallarıyla uyumlu bir şekilde” yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>38</sup>

Uluslararası hukukun iç hukuka yansımada önemli bir rol üstlenen AYM’nin AİHM ile benzer bir yaklaşımı benimsediğı ifade edilebilir. AYM aşığıda örneklerinden bazılarının paylaşılacağı birçok kararında, uluslararası hukuka ve Türkiye’nin taraf olduğı uluslararası sözleşme metinlerine atıfta bulunmaktadır. Örneğın, A.A. ve A.A. kararında, iç hukukta yer alan hükümlerin yanı sıra uluslararası hukuk ve özellikle de Türkiye’nin taraf olduğı Cenevre Sözleşmesi’nin ilgili hükümlerini birlikte değçerlendirmiştir. Bu perspektiften bir yorumlamayla AYM, Türkiye’de bulunan mültecilerin “devletin egemenlik yetkisi alanı”nda olduğunu, yabancıların maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmalarının devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığıın kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>39</sup>

Söz konusu yaklaşımın yanı sıra AYM, iç hukukta önemli bir denetim işlevi üstlenerek de mültecilerin insan haklarının korunmasına katkı sunmaktadır. Bilindiğı üzere, insan haklarına dayanan taleplerin muhatabı; bir başka deyişle bu haklardan doğan “hukuki yükümlülüğün sahibi” büyük ölçüde devlettir ve bunun mantıksal sonucu olarak da, “insan haklarının ihlalcisi” de büyük oranda devlet olagelmıştır.<sup>40</sup> Burada kilit nokta, kişinin temel hak ve hürriyetlerini korumada ve insan haklarına dayanan talepleri karşılamada devletlerin

<sup>37</sup> *Hirsi and others v Italy*, App no 27765/09, (ECHR 23 February 2012).

<sup>38</sup> *Ransteç/Kıbrıs v Russia*, App no 25965/04, (ECHR 7 January 2010).

<sup>39</sup> AYM, B. No: 2015/3941, A.A. ve A.A. Başvurusu, 1.3.2017.

<sup>40</sup> Uğur Kara/ İlker Gökhan Şen/ Atilla Nalbant/ Ayşe Işıl Karakaş, “İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramları ve Tarihsel Gelişimi”, Ayşe Işıl Karakaş/ İlker Gökhan Şen (Ed.), *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Anadolu Üniversitesi Yayını 2015, s. 4.

hak ve hürriyetleri ihlal veya ihmal edebileceği ya da talepleri karşılamada yetersiz kalabileceğinin ön kabulü veya bilincinde olunmasıdır. Bunun için tüm devletlerde toplumsal huzurun tesisi amacına matuf olarak “hataların hukuki bir mekanizma ile denetlenmesi” yoluna gidilir. Devletin ihlal veya ihmal boyutuna ulaşan her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık tutulması ve mahkeme kararlarına uyulması, insan haklarına dayanan ve hukukun üstünlüğüne inanan her devletin temel sorumluluğudur. Bu doğrultuda hareket eden bir devlette, “güçler ayrılığı ilkesi” gereğince AYM’nin denetim yapması mümkündür ve AYM’nin kararlarına ve/veya yorumlarına “direnmenin” ya da kararları uygulamamanın hukuka uygun bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısıyla AYM, kamu gücü ihlallerine karşı mültecilerin insan haklarının korunması ile uyuşmazlıkların giderilmesinde de önemli bir role sahiptir.<sup>41</sup>

AYM, insan hak ve hürriyetlerinin devletin tüm katmanları bakımından bağlayıcı hale gelmesini ve en alt idari birimin tasarruflarından başlayarak geniş anlamda yürütmenin ve ilk derece mahkemelerinin Anayasaya ve hukuka uygun hareket etmesini sağlamaya çalışmaktadır. İç hukukta hem idari tasarrufların hem de mahkeme kararlarının hukuka uygunluk denetiminin son merci AYM’dir. AYM’nin ilk derece mahkemeleri üzerinde kendi görev ve yetkisi bakımından yol gösterici mahiyetteki duruşu ile gerçekleştirdiği hukuka uygunluk denetimleri yasa sürecine dolaylı katkı şeklinde yansımaları gösterir ve büyük öneme sahiptir. İnsan hakları ihlallerinin belirli konu başlıklarında yoğunlaşması, yasama organının devreye girerek gerekli yasal düzenlemeleri yapması manasına gelebilmektedir. Bu açıdan bireysel başvuru usulünün yasama organını da harekete geçiren bir kurum olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, norm denetimi yoluyla yürütme karşısında esasen yasamayı güçlendiren AYM, kuvvetler ayrılığı ilkesini uygulamada korumak suretiyle hukuk devleti ilkesinin de garantisi hâline gelmektedir.<sup>42</sup>

YUKK’da sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idari gözetimi şeklinde temel olarak iki tip idari gözetim öngörülmektedir. Kanunun 53’üncü maddesi uyarınca, idare mahkemelerinin sınır dışı edilmesine karar verilen yabancı tarafından sınır dışı etme kararına karşı yapmış olduğu başvuru neticesinde verdiği karar kesindir. Aynı şekilde idari gözetim kararına karşı yapılan itiraz neticesinde sulh ceza hâkimliği tarafından verilen karar da kesin bir karardır. Bu kararlar, bir üst derece

<sup>41</sup> Christos Giakoumopoulos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33(1), 2016, s. 1,8.

<sup>42</sup> Osman Can, “Dolaylı Etki ve İyi Yönetişim Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler” *Anayasa Yargısı Dergisi*, 35(1), 2018, s. 23,24.

mahkemesinin incelemesine konu olmadığından ilgililer süresi içerisinde AYM'ye bireysel başvuruda bulunmaktadır. Dolayısıyla AYM, kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı yerlerden biri olan geri gönderme merkezlerinde tutulan yabancılar hakkında verilen kararların hukukiliğini denetleme rolüne sahiptir.<sup>43</sup>

Devlet organlarının işlem ve eylemlerini soyut ve somut norm denetimi yolu ile denetleme işlevinin yanı sıra esasen insan haklarının ulusal düzeyde korunması ve geliştirilmesinde AYM'nin etkili bir iç hukuk yolu olduğu tartışmasızdır. Bu bağlamda, mültecilerin hak ve hürriyetleri özelinde çalışmanın devam eden kısmında sırasıyla; soyut ve somut norm denetimi üzerinde durulacaktır. Ardından, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı, etkili başvuru hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı üzerinden örnek kararlarla AYM'nin bireysel başvuru yolu irdelenmeye çalışılacaktır.

#### **A. Soyut ve Somut Norm Denetimleri**

Norm denetiminde “iptal davası” ve “itiraz yolu” diğer isimleriyle “soyut norm denetimi” ve somut norm denetimi” olmak üzere iki tür başvuru usulü vardır.<sup>44</sup> AYM'nin soyut norm denetimi başlığı altında irdelenmesi gereken ilk husus, mülteci ve diğer yabancıların hak ve hürriyetlerine aykırı hukuki düzenlemelerin denetime tabi olmasıdır. Anayasa'nın 148'inci maddesine göre AYM, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Meclis İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler, yani Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasını karara bağlar.<sup>45</sup> Bu bağlamda özellikle “ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi”ni düzenleyen Anayasa'nın 10'uncu maddesi, “temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği” hükmünü havi 16'ncı maddesi, “hakkın özüne dokunma yasağı” ilkesini havi 13'üncü maddesi ve “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınması”nı hükme bağlayan Anayasa'nın 90'ıncı maddesi ölçü norm olarak temel kıstaslar olacaktır. Ayrıca Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre mültecilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik sınırlamalar ile hak ve özgürlüklerin “özlerine dokunulamayacağı” gibi “demokratik toplum

<sup>43</sup> Döndü Kuşçu, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(37), 2017, s. 241, 275.

<sup>44</sup> AYM, ‘Norm Denetimi’ (anayasa.gov.tr 3 Ocak 2021) <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/norm-denetimi>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.

<sup>45</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.



*düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesi*”ne de aykırı olamaz.

AYM'nin norm denetimi kararlarında iptal kararlarının yürürlüğünü erteleme ve yasa koyucuya doğacak boşluğu doldurması için zaman tanınması ya da bireysel başvuru usulüne konu olmuş kararlarında bilhassa kanundan kaynaklı “yapısal” sorunlara dikkat çekmesi AYM'nin rolünün anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Söz konusu sorunun giderilmesi için kararın yasama organına gönderilmesine alan yazımında “doğrudan çağrı kararı” denilebilmektedir.<sup>46</sup>

YUKK'un bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Ankara Birinci İdare Mahkemesi farklı zamanlarda söz konusu düzenlemelerin iptali istemiyle AYM'ye başvurmuş, yani somut norm denetimi talebinde bulunmuştur.

İlk iptal istemi, YUKK'un 81'inci maddesinin 1 ve 2 numaralı fıkralarının Anayasa'nın 2., 19., 36. ve 142'nci maddelerine aykırı olduğu iddiasına ilişkindir. “Avukatlık hizmetleri ve danışmanlık” başlığını taşıyan 81'inci maddenin ilk fıkrası; başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin ücretleri kendilerince karşılanmak kaydıyla avukat tarafından temsil edilebileceğini düzenlemektedir. Maddenin 2'nci fıkrası ise; avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayan başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişiye, yargı önündeki başvurularında 1136 sayılı Kanunun adli yardım hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanacağı hükmünü düzenlemektedir. Başvuruda özetle, itiraz konusu kuralda, uluslararası koruma talebinde bulunan kişilere yargı mercileri önünde avukatla temsil hakkı tanınmasına karşın avukata verilecek vekâletnamenin şekil şartları konusunda herhangi bir istisna veya muafiyet getirilmediği, başvuru sahiplerinin çoğunlukla pasaportsuz veya vatansız olmalarından dolayı 6100 sayılı Kanun'un 76'nci maddesine göre usulüne uygun şekilde onaylanmış veya düzenlenmiş vekâletname çıkarmalarının mümkün olmadığı, bu durumun anılan kişilerin yargı mercileri önünde avukatla temsil edilebilmelerine engel oluşturduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM, uluslararası korumayla ilgili davalarda etkili bir şekilde iddia ve savunmada bulunabilmeleri için ücretsiz olarak avukatlık hizmetinden faydalanma olanağı sağlayan kuralın, avukata verilecek vekâletnamenin şekil şartlarına ilişkin herhangi bir muafiyet öngörmediği gerekçesiyle avukatla temsil hakkını ölçüsüz bir şekilde kısıtlanarak hak arama özgürlüğünü kullanılamaz hale getirdiğinin söylenemeyeceğini ifade ederek kuralın, kişilerin iddia ve savunma hakkını ölçüsüz şekilde kısıtlayan veya engelleyen bir yönü bulunmadığını karara

<sup>46</sup> Ece Göztepe, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı “Çağrı Kararları” Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38(1), 2021 s. 43,56.

bağlamıştır.<sup>47</sup>

İkinci iptal istemi özetle, YUKK'un 76'ncı ile 80'inci maddelerinde 72'nci madde çerçevesinde alınan idari kararlara karşı kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde dava açılabilmesinin hüküm altına alındığı, söz konusu sürenin vatandaşlara tanınan dava açma süresine göre çok kısa olduğu, dolayısıyla yabancıların vatandaşlara göre hukuki vasıtalara erişim noktasında dezavantajlı konumda buldukları, bu durumun hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı yanında adil yargılanma hakkı ile etkili başvuru hakkıyla da bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 142'nci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM, uluslararası koruma başvurularına ilişkin dava sürecinin hızlı ve etkin bir biçimde sonuçlandırılması amacıyla ve kamu yararı gözetilerek ihdas edilen itiraz konusu kurallarda öngörülen düzenlemenin adil yargılanma hakkını zedelediğine hükmetmiştir.<sup>48</sup>

Üçüncü iptal istemi ise YUKK'un 53'üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerinde yer alan "...on beş gün..." ibarelerinin, kısa bir zaman içerisinde sonuçlandırılması zorunluluğu getirdiği, bu sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağına ilişkin kuralda bir açıklık bulunmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 142'nci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM, sürelerin düzenleyici nitelikte olup yabancıların haklarında verilen sınır dışı etme kararlarına karşı idare mahkemelerine yaptıkları başvuruların yargı mercilerince hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amacına yönelik olduğunu, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu meşru bir amaca dayandığını ve hakkın özüne dokunmadığı gibi ölçülülük ilkesine de aykırı olmadığını değerlendirerek iptal talebinin reddine karar vermiştir.<sup>49</sup>

Söz konusu davalarda özetle AYM, 2'nci madde kapsamında "*insan haklarına dayanan hukuk devleti ilkesi*"ni; 13'üncü madde kapsamında "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ile "*ölçülülük ilkesi*"ni; 36 ve 142'nci maddeler kapsamında mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını tartışmış, iddia konusu olmamakla beraber re'sen Anayasa'nın 16'ncı ve 125'inci maddelerini de değerlendirme yoluna gitmiştir. Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen hükümler ve AYM'nin gündeme aldığı anayasal düzenlemeler, mültecilerin hak ve hürriyetlerinin

<sup>47</sup> AYM, E. 2015/36, K. 2015/87, K.T. 08.10.2015, YUKK'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırılık İçermesi Nedeniyle İptali İstemi Başvurusu, s. 5.

<sup>48</sup> AYM, E. 2016/29, K. 2016/134, K.T. 14.07.2016, YUKK'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırılık İçermesi Nedeniyle İptali İstemi Başvurusu, s. 8.

<sup>49</sup> AYM, E. 2016/37, K. 2016/135, K.T. 14.7.2016, YUKK'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırılık İçermesi Nedeniyle İptali İstemi Başvurusu, s. 6.

korunması hususunda “temel çerçeveyi yansıtmaması” bakımından önem arz etmektedir. Aynı zamanda değerlendirmeye konu olan bu düzenlemeler, AYM’nin birey lehine yerleşik bir içtihat benimsemeye çalıştığı şeklinde okunmalıdır.

## B. Bireysel Başvuru Yolu

12 Eylül 2010 Anayasa değişikliği ile birlikte AYM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148’inci maddesine: “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” fıkrası eklenmiştir. Dolayısıyla kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren anayasal yargı denetimi başlatılmıştır.<sup>50</sup>

Getirilen bireysel başvuru yolu ile AYM’nin görevlerine, mültecilerin AİHM’ye gitmeden önce yapacakları başvuruyu, bireyin anayasal haklarının ihlali yönündeki ciddi bir tehlikeyi önlemek amacıyla verilen tedbir kararıyla da (R.B. başvurusu gibi) destekleyerek sonuçlandırmak da dâhil edilmiştir.<sup>51</sup> Ayrıca 6458 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinde 676 sayılı KHK ile gerçekleştirilen değişiklik<sup>52</sup> sonucu, uluslararası koruma başvuru sahibi olsun veya olmasın haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar, sınır dışı etme kararının Anayasa’nın 17’nci maddesine aykırılığı iddiasıyla AYM’ye bireysel başvuruda bulunabilmektedir.

AYM bireysel başvuru yolu ile verdiği kararlarında ağırlıklı olarak; yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamındaki başvuruları incelemiştir. Bir başka ifadeyle, AYM kararlarında bu haklar ön plana çıkmıştır. İşkence ve kötü muamele yasağı kapsamında idarece verilen sınır dışı etme kararlarının iptali, Mahkemece verilen kararların çoğunluğunu oluşturmaktadır.

Bir işlem ya da kararın uygulanması halinde bireyin anayasal haklarının ihlali yönünde ciddi bir tehlike ortaya çıkacaksa, 6216 sayılı Kanun ile AYM’ye bu tehlikeyi önlemek amacıyla “tedbir kararı” verme yetkisi tanınmıştır. AYM tedbir kararlarına ilişkin değerlendirmeyi geri gönderme yasağını da kapsayacak şekilde işkence ve kötü muamele yasağı, yaşam hakkı ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında yapmaktadır.

<sup>50</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

<sup>51</sup> Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Dayandığı Kanun Numarası: 6216, Kabul Tarihi: 12.7.2012, RG 12.7.2012/28351.

<sup>52</sup> 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında KHK, Karar Sayısı: 676, Kabul Tarihi: 3.10.2016, RG 29.10.2016/29872.

Ülkemiz büyük oranda komşu ülkelerden kaynaklanan istikrarsızlık ve iç savaşlar nedeniyle önemli bir göç dalgasına maruz kalmakta, transit geçiş noktasından hedef ülke konumuna gelmiş bulunmaktadır. Bununla beraber milyonlarca mülteciye ev sahipliği yapması ve on yıllardır terör sorunu ile mücadelesi, Türkiye'nin güvenlik tedbirleri almasını elzem kılmakta ve politika yapıcıları daha tutucu ve güvenlik odaklı politikalar izlemeye sevk edebilmektedir. Bu bağlamda ilk derece mahkemeleri ve AYM'nin alacağı kararlarda göz önünde bulundurması gereken mühim bir olgu olarak karşımıza ulusal ve uluslararası terörizm tehlikesi çıkmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan zor(unlu)luklar, ülkemizi bu konuda yeni bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir. 676 sayılı KHK ile 6458 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin 1'nci fıkrasına yeni bir bent (k) eklenmiş ve aynı maddenin 2'nci fıkrası değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklikler, 1/2/2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanunun 30'uncu maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmış ve uluslararası korumanın kapsamı daraltılmıştır.<sup>53</sup> Nihai hali ile birlikte;

- Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilen -eklenen yeni (k) bendi-,
- Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olan -b bendi- ve
- Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan -d bendi-

uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilecektir.

Uluslararası terörizm nedeniyle artan güvenlik önlemlerinin AİHM ve AYM tarafından nasıl değerlendirileceği merak konusudur. 54'üncü maddenin b, d ve k bentleri soyut ve somut norm denetimi ile incelenirse veya bu bentler kapsamında değerlendirilip hakkında sınır dışı etme kararı alınanlar AYM veya AİHM'ye bireysel başvuru yaparsa nasıl karar verilecektir? İşkence ve kötü muamele yasağı kapsamı ulusal ve bununla ilintili olarak uluslararası güvenliğin sağlanması bağlamında esnetilebilecek midir? Yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağının ağır insan hakkı ihlalleri kategorisinde yer aldığı ve bu iki alanın AİHS'nin çekirdek alanı içerisinde benimsendiği hususu bu değerlendirmelerde göz önünde

<sup>53</sup> Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun Sayısı: 7070, Kabul Tarihi: 1.2.2018, RG 8.3.2018/30354.

bulundurulursa tercihin özgürlükler lehine olması gerekir.

Göç alanı, ulusal ve uluslararası düzeyde işbirliği ve koordinasyon ile Türkiye'nin ekonomik, sosyo-kültürel ve demografik yapısını, kamu düzeni ve güvenliğini derinden ilgilendiren dinamik bir konudur.<sup>54</sup> Bu bağlamda belki de alternatif çözüm yolları devreye sokulmaya çalışılmalıdır. Bireyin AİHS 3'üncü maddeyle yasaklanan işkence ve kötü muameleleri görmeyeceğine dair kişinin iade edileceği ülkelerden teminat alınması alternatif çözüm yollarından birisi olabilir. AİHM'nin *Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye* davasında<sup>55</sup>; Türkiye Özbekistan'dan başvuru sahiplerinin ölüm cezasına mahkûm edilmeyecekleri, işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacakları ve mallarının genel müsadereye tabi tutulmayacakları güvencelerini aldıktan sonra iade etmiş, iade sonrası başvuru sahipleri hapis cezasına çarptırılmalarına rağmen AİHM Türkiye'nin Mahkeme'ye bildirdiği güvenceleri yeterli görerek ihlal kararına hükmetmemiştir.<sup>56</sup> Büyük Daire önüne de gelen başvuruda nihai karar ise, başvuru sahiplerinin Mahkemenin geçici tedbir kararına rağmen iade edilmeleri nedeniyle ihlal yönünde olmuştur. Nitekim Türkiye'nin iade yönündeki kararı, AİHS'de güvence altına alınan bireysel başvuru haklarının etkin kullanımını faydasız bir hale getirmiştir. Mahkeme'nin bu tutumunu Hint Hükümetinin verdiği güvencelerle tatmin olmadığı *Chahal v. Birleşik Krallık* kararında<sup>57</sup> da görmek mümkündür.<sup>58</sup>

Alternatif bir diğer olasılık ise iç çatışmanın devam ettiği Irak, Suriye gibi ülkelerde iade sürecinde teminat alınmasının yanı sıra ülke sınırları içerisinde parçalanmış farklı bir bölgeye gönderme kararının değerlendirilmesidir. Örneğin; Türkiye başvuru sahibinin da bu yönde beyan ve rızasını almak şartıyla kişiyi Irak'ın Bağdat kentine değil de Musul kentine iade edebilir. Bir yabancı'nın menşei ülkesinde farklı bir bölgeye giderek zulüm görme tehlikesinden kurtulmasına şeklinde dâhili kaçış alternatifini veya yer değiştirme ilkesi şeklinde tanımlanabilecek bu süreçte gönderen devletin statü belirleme prosedürüne erişimi kısıtlama amacıyla bu yola başvurma riski bulunduğu da ifade edilmelidir (Madde 14, Dâhili Kaçış Alternatifi, *t.y.*). Kişilerin iadesi dışında da idari gözetime alternatif yükümlülükler bulunmaktadır. 2019 yılında YUKK'ta meydana gelen değişiklikler sonucu yürürlüğe giren bu yükümlülükler; belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş,

<sup>54</sup> Göç İdaresi Başkanlığı, 'Genel Gerekçe' (goc.gov.tr 3 Ocak 2021) <<https://www.goc.gov.tr/genel-gerekce18>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.

<sup>55</sup> *Mamatkulov and Askarov v Turkey*, App no 46827/99, (ECHR 4 February 2015).

<sup>56</sup> Osman Doğru/ Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Baskı, Yargıtay Başkanlığı Yayınları, 2012, s. 152.

<sup>57</sup> *Chahal v United Kingdom*, App no 22414/93, (ECHR 15 November 1996).

<sup>58</sup> İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, *Sınırdışı ve İade Uygulamaları Tematik Bilgi Notu*, 1. Baskı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2013, s. 2.

geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izlemedir.<sup>59</sup>

676 sayılı KHK ile getirilen bir diğer düzenleme yabancıların sınır dışı edilme kararına ilişkindir. Kanununun 54'üncü maddesinin b, d ve k bentleri doğrultusunda hakkında sınır dışı kararına karşı idare mahkemelerinde dava açıldığında var olan kendiliğinden durdurma mekanizması kaldırılmıştır. Artık kararın uygulanması kendiliğinden durmamakta, yabancıların başvurusu üzerine AYM'nin bölümleri devreye girmekte ve adeta ilk derece mahkemesi gibi ret veya kabul yönünde tedbir kararı alabilmektedir. Y.T. başvurusuna ilişkin verdiği tedbire ilişkin ara kararında AYM değişiklik sonrası süreci bu şekilde izah etmektedir.<sup>60</sup>

AYM'nin bu değerlendirmeyi yaparken karşılaşılabilecek zorluklardan birisi yabancıların savaş ve çatışma ortamı nedeniyle işkence ve kötü muameleye tabi tutulması riskinin somut ve ciddi olup olmadığının araştırılmasında yatmaktadır. AYM tedbir taleplerini değerlendirirken, menşe ülkenin genel durumunu, başvuru sahiplerinin geçmiş tecrübesini, riskin güncelliği ile kişiselliği gibi hususları göz önünde bulundurarak karar verme yoluna gitmektedir. Bu yönde örnek kararlar aşağıda yer alan hak başlıkları altında paylaşılmaya çalışılacaktır.

### **1. Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasası**

Mültecilerin hukuk düzeninde korunmasını talep ettiği ilk hak, tabiatı gereği yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı sağlanmadan, diğer hak ve hürriyetlerden yararlanılması mümkün değildir. Her ne kadar hak ve hürriyetler arasında bir öncelik sıralaması yapılması uygun değilse de; yaşam hakkının diğer hakların kullanımı için bir ön şart/gereklilik olarak yer alması zorunluluğu bu hakkı görece daha önemli bir noktaya taşımaktadır.<sup>61</sup> Ayrıca, mültecilerin can güvenliğini sağlamak üzere ülkelerini terk ettikleri düşünülürse de, esasen yaşam hakkının mülteci hukukundaki önemi bir kez daha anlaşılacaktır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin (İHEB) 3'üncü maddesi, BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (MSHUS) 6'ncı maddesi ve AİHS'nin 2'nci maddesi, yaşam hakkını koruyan en temel belgeler arasındadır. AYM verdiği kararlarda yaşam hakkının kapsamı ve sınırlandırılması konularında, sıklıkla AİHS'nin 2'nci maddesinin ilk ve ikinci fıkralarına ve Anayasa'nın 17'inci maddesine atıfta bulunmaktadır.

---

<sup>59</sup> YUKK, m.57/A.

<sup>60</sup> AYM, B. No: 2016/22418, Y.T. Başvurusu, 30.5.2019.

<sup>61</sup> TİHEK, *İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi 2019 Yılı Raporu*, 1. Baskı, TİHEK Yayınları, 2019, s. 14.

Korunması talebi gündeme gelen bir diğer hak başlığı, “istisnasız” yani “mutlak surette emredilmiş” olan “işkence ve kötü muamele yasağı”dır. İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı BM Sözleşmesi’nin özü ve birçok hükmü, İHEB’in 5’inci maddesi, MSHUS’un 7’nci maddesi ve AİHS’nin 3’üncü maddesi bu yasağa yer veren en önemli normlardandır. Anayasa’nın 17’inci maddesinde de, devlete getirilen kötü muamelede bulunmama (negatif) yükümlülüğünün herhangi bir istisnasına yer verilmemiştir. Kişinin maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulamayacağı hükmünü havi Anayasa’nın 15’inci maddesi de kötü muamele yasağının mutlak nitelikte olduğunun açık göstergesidir. Ancak kötü muamele yasağıyla korunan bu hakkın gerçek anlamda güvence altına alındığından söz edebilmek için devletin kötü muamelede bulunmaması (negatif yükümlülüğü) yeterli değildir. Devletin aynı zamanda mülteciler ve uhdesinde bulunan herkesi kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması (pozitif yükümlülüğü) gerekmektedir.<sup>62</sup>

Devletin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı ve bu haklarla ilişkili yükümlülükleri bağlamında ele alınması gereken kavramlardan biri sınır dışıdır. Sınır dışı etme (expulsion) işlemi, devletin egemenlik yetkisinin bir yansıması olarak görülmekte<sup>63</sup> ve bu yetkinin kullanılarak, vatandaş olmayan bir kişinin ülkeye girişinin reddedilmesi ya da ülkede kalma izninin sona ermesi sonucunda menşe ülkesine ya da üçüncü bir ülkeye gönderilmesidir.<sup>64</sup> Sınır dışı etme kararları, uluslararası koruma veya geçici koruma statüsü veya başvuru sahiplerinin temel hak ve özgürlüklerine yoğun bir müdahale alanı içermektedir.<sup>65</sup> Buna bağlı olarak sınır dışı etme kararlarında kişinin vücut bütünlüğünün korunması amacıyla geri gönderme yasağı doğmuştur.

Geri gönderme yasağı, kötü muamele yasağı ve devletin negatif/pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gereken önemli bir ilkedir. İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi’nin 3’üncü maddesi, bir kişinin diğer bir devlette işkenceye tabi tutulacağı tehlikesine yönelik esaslı sebeplerin bulunması halinde Sözleşmecî Devletin o kişiyi geri göndermesini, sınır dışı etmesini veya iade etmesini yasaklamaktadır.<sup>66</sup> Zira bahse konu kişi kim olursa olsun işkence

<sup>62</sup> AYM, B. No: 2015/3941, A.A. ve A.A. Başvurusu, 1.3.2017.

<sup>63</sup> Esat Caner Yılmazoğlu, “Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (5), 2015, s. 905, 906.

<sup>64</sup> Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, Uluslararası Göç Örgütü Yayınları, 2011, s. 75.

<sup>65</sup> Ceren Kaya, “Anayasa Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Mülteci ve Sığınmacıların Sınırdışı Edilmesi” *Middle East Journal of Refugee Studies*, 6(1), 2021, s. 39, 61.

<sup>66</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [1984] UN 39/46.

ve kötü muamele mutlak biçimde yasaktır. Bu doğrultuda, AİHM'nin *Soering v. Birleşik Krallık* kararıyla AİHM tarihinde ilk kez bir yabancının sınır dışı edilmesi halinde işkence ve kötü muamele riski altında kalacağına dair “ciddi emarelerin varlığı” halinde taraf devletin sınır dışı etmeme yükümlülüğünün doğduğuna işaret edilmiştir.<sup>67</sup> Uluslararası terörizm tehlikesi doğuranlar veya kamu düzeni ve güvenliği açısından tehdit oluşturanlar bakımından da bu kuralın geçerli olduğunun altının çizilmesinde fayda bulunmaktadır.<sup>68</sup> Benzer mahiyette AİHM'nin *Cruz Varas ve diğerleri v. İsveç* kararında olduğu gibi hukuka aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya iltica talebi reddedilen mültecinin ülkesine geri gönderilmek üzere sınır dışı edilmesinde de devletin sorumluluğu doğmaktadır. Aksi takdirde bireyin mağduriyeti doğacak ve AİHS'nin 3'üncü maddesi ihlal edilmiş olacaktır.<sup>69</sup>

AİHM kararlarıyla benzer mahiyette, Türkiye'de de AYM'nin önem arz eden kararları bulunmaktadır. *A.A. ve A.A.* kararında, hem AYM'nin konuya yaklaşımı hem de çoğunluk görüşüne katılmayan karşı oy gerekçeleri mültecilerin insan haklarının korunmasında büyük önem taşımaktadır. AYM, başvuru sahibi yabancı kişilerin Türkiye'den sınır dışı edilmesi hâlinde maruz kalacağı kötü muamele iddialarına ilişkin; “menşe ülkenin genel durumunu, başvuru sahiplerinin geçmiş tecrübesini, riskin güncelliği ile kişiselliği” gibi hususları göz önünde bulundurarak AİHM ile paralel ve hak temelli bir yaklaşım benimsemiştir. Söz konusu başvuruda, Anayasa'nın 5, 15, 16, ve 17'nci maddelerine yer vererek bireyin yaşamı ve maddi veya manevi bütünlüğünün korunması ilkesi, işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında geri gönderme yasağı ilkesi ve kişi hakları üzerinden devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerini değerlendirerek “tedbir kararı” vermiştir.<sup>70</sup> Geri gönderme yasağı bağlamında, somut olayda başvuru sahipleri, Irak'taki çatışma ortamı ve DAESH terör örgütünün faaliyetleri nedeniyle çocuklarıyla birlikte ülkelerinden ayrılmak zorunda kaldıklarını, geri gönderildiklerinde öldürülebileceklerini veya kötü muameleye maruz kalabileceklerini iddia etmiş ve bu iddialarını temellendirebilmek için de DAESH tarafından yakıldığını ileri sürdükleri evlerinin fotoğraflarını AYM'ye sunmuşlardır. Ancak esas incelemesinde Mahkeme, tedbir kararı vermesine yol açan bu gerekçeleri bir nevi göz ardı ederek kötü muamele yasağının ihlal edilmediği yönünde karar vermiş ve karar çok sayıda üyenin karşı oyuyla tartışmalı bir konuma sahip olmuştur.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> *Soering v United Kingdom*, App no 14038/88, (ECHR 7 July 1989).

<sup>68</sup> Ertuğrul Yazar, *İnsan Hakları Bağlamında Avrupa'da Yabancı Terörist Savaşçılar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 297.

<sup>69</sup> *Cruz Varas and others v Sweden*, App no 15576/89, (ECHR 20 March 1991).

<sup>70</sup> AYM, B. No: 2015/3941, A.A. ve A.A. Başvurusu, 1.3.2017.

<sup>71</sup> AYM, B. No: 2015/3941, A.A. ve A.A. Başvurusu, 1.3.2017.



*A.A. ve A.A.* başvurusu kararına çok sayıda atfin yapıldığı *Azizjon Hikmatov* kararında ise AYM, uluslararası alanda çalışan kuruluşların raporlarını referans kabul ederek bir “ilke karar”a imza atmıştır.<sup>72</sup> AYM bu kararında, uluslararası koruma başvurusu sahibinin menşe ülkesi olan Özbekistan’a ilişkin Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Derneği’nin raporlarına değinmiştir. Diğer taraftan ilk derece mahkemesinin başvuruçunun iddialarına yönelik bir araştırma ya da değerlendirme yapmadığını da tespit etmiştir. AYM, sınır dışı işlemlerine karşı yapılan bireysel başvurularda, geri gönderilen ülkenin koşullarını dosyaya sunulan bilgi ve belgelerle sınırlı kalmaksızın “resen” araştırma yoluna gitmektedir. *Leyla Dogot*<sup>73</sup> ve *Eiza Kashkoeva*<sup>74</sup> kararlarında da benzer tutum sergileyen AYM, söz konusu araştırmasında ulusal ve uluslararası kuruluşların ve hükümetlerin düzenlemiş olduğu insan hakları raporlarından da istifade etmektedir. Bununla birlikte kural olarak menşe ülkede karşılaşılabilecek kişisel risklerin ve buna ilişkin somut bilgilerin bireysel başvuruda bulunan yabancılar tarafından AYM’ye ayrıntılı bir şekilde sunulması gerektiğini not düşmektedir.<sup>75</sup>

AYM’nin bireysel başvuru yoluyla karara bağladığı *A.A. ve A.A.* kararı ile *Azizjon Hikmatov* kararından önemli çıktılar elde etmek mümkündür. AYM, bu kararlarında; Anayasa’nın 5’inci maddesinde yer alan “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın” devletin temel amaç ve görevleri arasında sayıldığını; Anayasa’nın 17’inci maddesinde güvence altına alınan “bireyin yaşam hakkının yanında maddi ve manevi varlığı” ile devlete getirilen kötü muamelede bulunmama (negatif) yükümlülüğünün herhangi bir istisnasına yer verilmediğini not düşerek “kötü muamelelere karşı özel olarak koruma” hususuna ve bu iki maddeyi birlikte değerlendirildiğinde ise devletin bireyi kötü muamele yasağına karşı koruma (pozitif) yükümlülüğünün olduğuna yer vermiştir. Söz konusu kararlardan anlaşılacağı üzere, yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında devletin pozitif yükümlülüğü, hakkında sınır dışı kararı verilen kişilerin gönderildikleri ülkede yaşam haklarının ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilme riskinin bulunup bulunmadığının ayrıntılı şekilde incelenmesi gerekmektedir. AYM de bu incelemenin idare veya ilk derece mahkemelerince yapılıp yapılmadığını denetleyerek mültecilerin insan haklarının korunmasına katkı sunmaktadır.

Bununla birlikte, *Azizjon Hikmatov* kararı, Anayasanın 17’nci maddesinin ihlal edildiğine karar verdiği “ilk karar” olma özelliğini taşımaktadır. Ayrıca ilk derece

<sup>72</sup> AYM, B. No: 2015/18582, *Azizjon Hikmatov* Başvurusu, 15.12.2015.

<sup>73</sup> AYM, B. No: 2015/11252, *Leyla Dogot* Başvurusu, 10.7.2015.

<sup>74</sup> AYM, B. No: 2016/9483, *Eiza Kashkoeva* Başvurusu, 25.5.2016.

<sup>75</sup> AYM, B. No: 2016/22512, H.S. Başvurusu, 2.11.2016.

mahkemelerinin “daha etkin araştırma ve soruşturma yapması gerekliliği” belirtilerek “yol gösterici” mahiyette bir yaklaşım sergilenmiştir. AYM kararında, İdare Mahkemesinin Özbekistan’da var olduğu iddia edilen “riske ilişkin araştırma ve değerlendirme yapma” yükümlülüğünü gereğince yerine getirmediğinin anlaşıldığı kanaatine varmıştır. Nitekim ülkemize sığınarak uluslararası koruma başvurusunda bulunan mültecilerin devlet tarafından korunması bağlamında negatif ve pozitif yükümlülüklerinin yanı sıra bu yabancıların sınır dışı edilmesi söz konusu olduğunda, menşe ülkeye ilişkin etkin bir araştırma ve soruşturma yükümlülüğü de doğmaktadır. Kanımızca AYM ilk derece mahkemelerinin bu değerlendirmelere girmesini bekleyerek yerinde bir denetim gerçekleştirmiştir.<sup>76</sup>

*Azizjon Hikmatov* kararında, bağımsız insan hakları örgütlerinin raporlarını referans alma yaklaşımını benimseyen AYM, bunu sonraki kararlarında da sürdürme eğilimi göstermiştir. İran’ın genel koşullarının incelendiği *F.R.* kararı, bunlardan biridir. Bu kararında işkence ve kötü muamele ile başvuru iddialarının doğruluğunun araştırılmasında başka kaynaklardan da faydalanılabileceği açıkça ifade etmiştir.<sup>77</sup> Bu kararın bir diğer önemli boyutu, işkence ve kötü muamele riski varlığının bir olasılıktan öte “*gerçek bir risk*” seviyesine ulaşma zorunluluğu taşıması gerekliliğinin vurgulanmasıdır. AYM bu hususta ikili bir ayrıma giderek; Taraf devletin re’sen araştırması gereken hususlar ile başvuru sahibi tarafından savunulabilir<sup>78</sup> iddiaların ortaya koyulması gerektiğini belirtmiştir. AIHM de başvuruların, kişisel durumlarını ve geri gönderileceği ülkenin muhtemel risklerini belgelerle de destekleyerek ayrıntılı bir şekilde ortaya koyma ve mümkün mertebe ispat etme külfeti olduğunu vurgulamaktadır. Burada maddi delil sun(a)mayan başvuruların kişisel durumlarına ilişkin açıklamalarının güvenilirlik sorunu ile taraf devletin yaptığı araştırma sonucu yabancının menşe ülkesinin yani geri gönderilecek ülkenin profilinin olumsuz olması durumu karşılaştırılmakta ve bir nevi yarışmaktadır. Nitekim bu karar da benzer gerekçe ve bir üyenin karşı oy kararı neticesinde oybirliğine erişememiştir.

Başvuruların iddialarının somut verilere dayandırmasının beklenmesi ile durumun aciliyetine binaen başvurucuya ciddi bir “ispat külfeti” yüklenip yüklenmeyeceği arasında da bir “gerilim” bulunduğu ifade edilmelidir. Bu hususun, “her başvurunun kendine özgü şartları” göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

<sup>76</sup> AYM, B. No: 2015/18582, Azizjon Hikmatov Başvurusu, 15.12.2015.

<sup>77</sup> AYM, B. No: 2016/4405, F.R. Başvurusu, 15.2.2017.

<sup>78</sup> AYM savunulabilir kavramını araştırılabilir/tartışılabilir/araştırmaya değer/makul şüphe uyandıran kavramlarıyla somutlaştırma yoluna gitmiştir.

## 2. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı

Devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, en temel insan haklarından biridir. Hakkın öznesi “herkes” olduğundan, bu haktan sınır dışı edilmek veya geri verilmek üzere tutulanlar da dâhil olmak üzere mülteciler de yararlanabilir.<sup>79</sup>

Kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili AYM'nin örnek kararlarına geçmeden önce, YUKK'un yürürlüğe girme nedenleri, göç konusunu yönetmek üzere muhatap bir kamu kurumunun kurulmasındaki etkenler ve özellikle özgürlüğünden mahrum bırakılan yabancıların akıbetinin belirsizliği izah edilmelidir. YUKK'tan önce “idari gözetimin sebepleri, süresi, bu sürenin uzatımı, kararın alıkonulara tebliği ve kanun yolları, alıkonuların avukat ve tercüman hakkı” gibi hususlar yasal dayanağa sahip değildi. Buna bağlı olarak, açık yasal hükümlerden yoksun bir biçimde uygulanan idari gözetim, “keyfi muamele” yapılması sonucunu doğurabilmekteydi.<sup>80</sup>

AIHM'nin ihlal kararları, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin ziyaret raporu, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun inceleme raporu, mülga Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun (TİHK) geri gönderme merkezleri ziyaret raporu, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ile BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörünün tespit ve tavsiyelerinde de, mevcut yasal boşluk ve keyfilik sorunu yer almıştır. YUKK öncesi dönemde, tüm bu kurum ve kişiler, yabancıların özgürlüğünden mahrum bırakılmasına esas teşkil eden idari gözetim altında tutulma koşulları, idari gözetimin süresi, denetimi ve işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla başvurulabilecek kanun yollarının belirsiz olması gibi konuları sert dille eleştirmişlerdir.

AIHM, *Abdolkhani ve Karimnia* kararında idari gözetim kararına ilişkin doğrudan ve “açık yasal bir hüküm bulunmayışı”nın altını çizerek AIHS'nin 5'inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>81</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu raporunda da; “yasa dışı göçmenlere ne tür muameleler uygulanacağı ve geri gönderme merkezlerinin işleyişi hakkında tüm geri gönderme merkezlerinde “yeknesaklığı” sağlayacak bir düzenleme bulunmamasına” atıfta bulunarak geri gönderme merkezlerinin yönetim ve kontrolünün “İçişleri Bakanlığı bünyesinde kurulacak bir kurum” tarafından yapılmasının uygun

<sup>79</sup> Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1*, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018, s. 10.

<sup>80</sup> Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, 1. Baskı, Beta Yayınları, 2014, s. 26.

<sup>81</sup> *Abdolkhani and Karimnia v Turkey*, App no 30471/08, (ECHR 22 September 2009).

olacağına yer verilmiştir.<sup>82</sup>

Mevzuat boşluğunun yanı sıra, merkezlerin açık havadan faydalanma gibi imkânlar açısından yetersizliği ve kalabalıklaşma gibi sorunlar da mültecilerin insan haklarının daha iyi korunması amacıyla YUKK'un hazırlanması sürecini hızlandırmıştır. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin 2005 yılı Türkiye ziyaret raporunda "İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ndeki göçmen tutukluların gözaltı ünitesinde bulunan içler acısı koşullarına" değinilmiştir.<sup>83</sup> İstanbul Geri Gönderme Merkezine ziyaret düzenleyen TİHK de 2014 tarihli raporunda; "temizlik, hijyen ve rutubet sorunları, tutulanların açık havaya çıkartılmaması, kapasitenin çok üstünde kişinin barındırılması" gibi sorunlara dikkat çekmiştir.<sup>84</sup> AIHM *Kurkaev v. Türkiye* kararında, "İstanbul Kumkapı Yabancı Kabul ve Barınma Merkezinin ciddi şekilde aşırı kalabalık olması, yeterli uyku tesislerinin bulunmaması, açık havaya erişimin olmaması ve bu koşullar altında tutulma süresinin aşırı uzunluğu gibi hususların şiddet eşiğinin aşılması ve aşağılayıcı muamele teşkil etmesi" gerekçeleriyle AIHS'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>85</sup> *Asalya v. Türkiye* kararında ise, aynı Merkezin tekerlekli sandalyeye bağlı engelli kişiler yönünden yeterli koşulları taşımadığı değerlendirilmiştir.<sup>86</sup>

Söz konusu tespit ve eleştiriler, AYM kararlarında da yer bulmuştur. AYM'nin *Rıda Boudraa* kararı ise, mültecilerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında en önemli örnek kararlardan biridir. Başvurucu; "geri gönderme yasağı kapsamında sınır dışı edilme işleminin iptali talebinin yanı sıra kamu görevlilerinden hiçbir şekilde kötü muamele veya fiziksel şiddet görmemesine karşılık havasız, gürültülü, doğrudan gün ışığı almayan, sigara içilen bir mekanda tutulduğunu, sağlıklı tedavi hizmetinin sunulmadığını, açık havaya çıkartılmadığını, egzersiz imkanı tanınmadığını, kötü fiziksel koşullara maruz kaldığını, sırf yabancı olması ve pasaportu olmadığı gerekçesiyle götürüldüğü Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü Nezarethanesinde sınır dışı edilmek üzere 68 gün boyunca özgürlüğünden mahrum bırakıldığını, Türk hukukunda yabancı kişilerin idari gerekçelerle özgürlüğünün kısıtlanması halinde bunun yargısal makamlarca gözaltı veya tutuklama

<sup>82</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, *Edirne, Kırklareli ve İstanbul İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu*, 1. Baskı, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Yayınları, 2012, s. 20.

<sup>83</sup> Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, *Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 14 December 2005*, 1. Baskı, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi Yayınları, 2005, s. 9.

<sup>84</sup> TİHK, *İstanbul Geri Gönderme Merkezi Raporu*, 1. Baskı, TİHK Yayınları, 2014, s. 45-48.

<sup>85</sup> *Kurkaev v Turkey*, App no 10424/05, (ECHR 19 October 2010) 35.

<sup>86</sup> *Asalya v Turkey*, App no 43875/09, (ECHR 15 April 2014) 50-55.

sayılmaması nedeniyle bir tazminat talep edilmesinin de mümkün olmadığını, “idari gözetim” altında tutulmasına ilişkin yasal bir denetimin söz konusu olmadığını, gözaltında tutulmasının nedenleri hakkında derhal veya daha sonra bilgi verilmediğini ve belirsiz bir durumda tutulduğunu, gözaltına alınmasının ardından bu karara karşı itiraz edilebilecek bir merciin bulunmadığını ve anılan süreçteki idari gözetim koşullarının kötü olduğunu iddia ederek Anayasa’nın 17., 19., 20., 40. ve 41’inci maddelerinin ihlal edildiğini” ileri sürmüştür. AYM; idari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi ve tercüman yardımıyla yararlanmasına ilişkin “açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı” yönündeki iddialarına istinaden Anayasa’nın “kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19’uncu maddesinin 2 ve 8’inci fıkralarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucunun gözetim altında tutulduğu yerin fiziksel koşullarının elverişsizliği ve sınır dışı edilme halinde maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiği iddialarını ise açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.<sup>87</sup>

Kişi hürriyeti ve güvenliği bağlamında AYM’nin bir diğer önemli kararı, *K.A.* kararıdır.<sup>88</sup> Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin yanı sıra mülga TİHK’nin İstanbul Kumkapı Geri Gönderme Merkezi Raporu’na atıfta bulunarak AYM, resen araştırma yapmıştır.<sup>89</sup> TİHK raporunu referans kabul eden AYM, Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde tutulma koşullarının “*insan haysiyetiyle bağdaşmadığına*” ve bu durumun Anayasa’nın 17’nci maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir. *K.A.* kararıyla AYM ilk kez Türkiye’deki yabancıların tutulma koşullarının standartlarını ve bu koşulların kontrolünü ve denetimini sağlayacak özel nitelikte bir idari veya yargısal başvuru mekanizması bulunmadığına dikkat çekmiştir. Bu kararın AIHS bağlamındaki karşılığı ise, 3’üncü maddenin 13’üncü maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğidir.<sup>90</sup>

Özgürlükten yoksun tutmanın hukuki olmaması, idari gözetim nedenlerinin usulüne uygun olarak bildirilmemesi ve tutma işlemine karşı etkili bir başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle ihlal kararı verilen bir diğer karar, *B.T.* kararıdır.<sup>91</sup> Söz konusu kararda da AYM; Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü’nün

<sup>87</sup> AYM, B. No: 2013/9673, Rıda Boudraa Başvurusu, 21.1.2015.

<sup>88</sup> AYM, B. No: 2014/13044, *K.A.* Başvurusu, 11.11.2015.

<sup>89</sup> Recep Kaplan, Hüseyin Turan ve Aydın Şimşek, *Bireysel Başvuru Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Seçme Kararlar*, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2016, s. 571-617.

<sup>90</sup> Mülteci Hakları Merkezi, *Acil Bir İhtiyaç: Türkiye’de İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Alıkonulma Koşullarının Denetimi*, 1. Baskı, Mülteci Hakları Merkezi Yayınları, 2017, s. 6.

<sup>91</sup> AYM, B. No: 2014/15769, *B.T.* Başvurusu, 30.11.2017.

tespitleri, TBMM raporu, TİHK raporu gibi çok sayıda belgeyi referans almıştır. Bu yaklaşım, uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunun iç hukuka yansımada ve mültecilerin insan haklarının korunmasında AYM'nin rolünün ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

AYM'nin kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı mekânlardaki maddi koşulların Sözleşme'nin 3'üncü -işkence ve kötü muamele yasağı- ve Anayasa'nın 17'nci maddesi -yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı- kapsamında değerlendirmesi şüphesiz önemli olmakla birlikte ihlal tespitinden önce ihlalin önüne geçmenin daha öncelikli olduğu açıktır. Dolayısıyla TİHEK gibi önleyici mekanizmalarla donatılmış kurumların kapasitesinin artırılması ve daha aktif çalışması gerektiği değerlendirilmektedir. Nitekim ulusal önleme mekanizmalarının kurulmasını öngören BM İşkenceye Dair Ek İhtiyari Protokolün merkezinde, alıkonulma yerlerine düzenli, bağımsız ziyaretler sisteminin suiistimallere karşı önemli bir koruma görevi görebileceği ve doğası gereği halkın gözünün dışında kalan yerlerde işkence ve kötü muameleyi önleyebileceği fikri yatmaktadır.<sup>92</sup> Bu bağlamda TİHEK, mülteci ve diğer yabancıların alıkonulduğu geri gönderme merkezlerini düzenli aralıklarla ziyaret ederek hem AYM'nin iş yükünü hafifletecek adımları atmalı hem de yayımladığı ziyaret, tematik, reaktif ve yıllık raporlarıyla AYM'ye ve diğer yargı kurumlarına kaynak oluşturmaktadır. Ayrıca, alıkonulma yerlerinde bulunan mültecilerin insan haklarını korumada ilgili tüm paydaşların daha aktif ve birbiriyle diyalog içinde çalışması gerektiği ifade edilmelidir.

### 3. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı; ulusal ve uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan, kişinin mahremiyetinden şeref ve itibarının korunmasına, adının ve kimliğinin korunmasından sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına, mesleki hayatından kişisel verilerin korunmasına kadar birçok farklı konuda güvenceler içeren temel bir insan hakkıdır. AYM başvurularında, aile birliğinin sağlanmasına dair başvurularda yabancı ülke vatandaşlarının başvurularının oransal bir ağırlığa sahip olduğu görülmektedir. Bu başvurular arasında; yabancı ülke vatandaşı olan ve yasal olmayan yollardan Türkiye'ye gelen kişilerin sınır dışı edilmesinin aile hayatına saygı hakkını ihlal edildiği iddiası da yer almaktadır.<sup>93</sup>

AYM'nin *G.B. ve diğerleri* başvurusu akabinde verdiği tedbir kararı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında incelenebilecek ilk karar örneğidir. Bu başvuruda özetle;

<sup>92</sup> Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [2002] UN 57/199.

<sup>93</sup> Şermin Birtane/ Fatih Alkan/ Ali Kozan/ Ferhat Yıldız/ Hilal Yazıcı/ Çağlar Öncel/ Taylan Barın, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetler*, 1. Baskı, AYM Yayınları, 2021, s. 1-101.

başvuru sahibi G.B., “çocuklarının Türkiye’ye alınmamaları nedeniyle kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme, özel hayat ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğini” iddia etmiştir. Söz konusu başvuruda, AYM çocuk başvuru sahiplerinin yaşları nedeniyle annelerinin bakım ve gözetimine muhtaç olması hususunu dikkate alarak, anne G.B. ile bir araya gelememelerinin “*manevi bütünlükleri*” yönünden ciddi tehlike oluşturduğu kanaatine vararak tedbir kararı almıştır. AYM, çocuk başvuru sahiplerinin Türkiye’ye giriş yasağına ilişkin işlemin uygulanmamasına karar vermiştir.<sup>94</sup>

Yetişkin çocuklar söz konusu olduğunda ise, AYM’nin tutumu değişmekte ve AİHM gibi aile kavramının oldukça dar yorumlama yolunun tercih edildiği görülmektedir. *Sherapat Yagmyrova* kararında AYM, aile hayatı kapsamında korunan aile ilişkilerinin temel olarak anne, baba ile çocuk arasındaki ilişkiler olduğu tespitini yaptıktan sonra, yetişkin çocukların aileye bağımlı ve muhtaç olduğunun ispatlanamadığı hâllerde bu çocukların “çekirdek aile” kavramına dâhil olmadığını karara bağlamıştır.<sup>95</sup>

Hakkında verilen sınır dışı kararının uygulanması ve ABD’ye geri gönderilmesi halinde yaşamının tehlikeye gireceği ve Türkiye’de yaşayan eşi ve çocuğundan ayrı kalacak olması nedeniyle aile bütünlüğünün bozulacağı iddiasında bulunan Uthman Deya Ud Deen Eberle başvurusunda ise AYM, başvuruyu ikiye ayırarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda ilk olarak, başvuru sahibi tarafından ABD’de yaşamının tehlikeye düşeceğine yönelik savunulabilir somut belgelerin sunulmaması nedeniyle iddianın değerlendirilmesinin zorluğu (bu açıdan ret), ikinci olarak ise; başvuru sahibinin sınır dışı edilmesi hâlinde eşi ve bakıma muhtaç bebeğinden öngörülemez bir tarihe kadar ayrı kalacağı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler çerçevesinde AYM, başvuru sahibinin “manevi bütünlüğüne” yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike bulunduğu kanaatine vararak, sınır dışı işleminin durdurulmasına ilişkin tedbir talebinin kabulüne karar vermiştir.<sup>96</sup>

AYM, Türkiye’ye yasal olmayan yollardan giriş yaptığı tespit edilen Peri Kırık’ın başvurusunda, yabancıların ülkeye giriş yapmasını ve ikamet etmesini kontrol etme ve gerektiğinde ülkedeki yabancıları sınır dışı etme konusunda devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan geniş takdir yetkileri bulunduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, sınır dışı edilen yabancıların ülkede güçlü ailevi bağlarla sahip olduğu durumlarda aile hayatı ile sınır dışı işleminin uygulanması bağlamında gözetilen kamusal menfaat arasında “adil bir denge”

<sup>94</sup> AYM, B. No: 2015/15273, G. B. ve Diğerleri Başvurusu, 17.9.2015.

<sup>95</sup> AYM, B. No: 2017/11905, Sherapat Yagmyrova Başvurusu, 21.7.2020.

<sup>96</sup> AYM, B. No: 2015/16437, Uthman Deya Ud Deen Eberle Başvurusu, 10.11.2015.

kurulması gerektiğini de not düşmektedir.<sup>97</sup>

Söz konusu adil dengeye atıfta bulunulan bir diğer önemli karar, *Aısulu Aldenova* kararıdır.<sup>98</sup> Söz konusu kararda AYM, İdare Mahkemesinin kararında başvurunun sınır dışı edilme kararına yönelik olarak aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki iddiaları tartışmadığına kanaat getirmiştir. İdari işlemin başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından etkili bir inceleme ve dengelemenin yapılması gerektiği yönünde verilen bu karar, ilk derece mahkemesine yol gösterici mahiyette önem arz etmektedir.

*Majid Momtaz* ve birçok kararında da benzer tutumunu sürdüren AYM, yabancılar bakımından göç kontrolü, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için gerekli tedbirlerin alınması bağlamında aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında devletlerin daha geniş takdir yetkisi bulunduğu kanaatinde olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim bu karara konu başvuruda, başvuru resmî belgede sahtecilik suçları nedeniyle hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Bu bağlamda AYM, kişinin eylemlerinin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike oluşturduğunu tespit etmiş ve bu gerekçeyle aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu ve müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna vararak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yönelik ihlal olmadığına karar vermiştir.<sup>99</sup>

Her evliliğin Anayasa ile korunması gerekli olan aile hayatını oluşturmadığı bağlamında, *Oksana Chicheishvili* kararı önem arz etmektedir. Kararda; “başvuru sahibinin bir Türk vatandaşıyla yaptığı evlilik akdinin gerçek aile birliği kurmaya yönelik olmadığı, eşlerin birlikte yaşamadıkları, yabancılar şube müdürlüğünde gerçekleştirilen mülakatta birbirleriyle çelişkili cevaplar verdiği, evliliğin yalnızca ülkede kalmak için yapılan anlaşmalı bir evlilik olduğu” somut ve tutarlı tespitlerle ortaya konulmuştur. Bu nedenle, aile hayatına saygı hakkı kapsamında korunması gereken bir unsur olmadığı kanaatine varılarak başvurunun “konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez” olduğuna karar verilmiştir.<sup>100</sup>

#### 4. Etkili Başvuru Hakkı

Gerek uluslararası gerekse de ulusal hukukta koruma altına alınan etkili başvuru hakkı, mevzuatta yer alan düzenlemelerin hukuken korunmasını temin etme amacı taşımaktadır.

<sup>97</sup> AYM, B. No: 2015/19795, Peri Kırık Başvurusu, 9.1.2019.

<sup>98</sup> AYM, B. No: 2018/10055, Aısulu Aldenova Başvurusu, 16/3/2022.

<sup>99</sup> AYM, B. No: 2017/24261, Majid Momtaz Başvurusu, 30.9.2020.

<sup>100</sup> AYM, B. No: 2014/19023, Oksana Chicheishvili Başvurusu, 20.12.2017.



Anayasa'nın 40'ncü maddesinde, hakları ihlal edilen herkesin yetkili makama "geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı"na sahip olduğu belirtilmektedir. İlgili ifadeyi "etkili başvuru hakkı" olarak yorumlamanın önünde bir engel bulunmamaktadır.<sup>101</sup>

Mültecilerin sınır dışı edilmeleri hâlinde işkence ve kötü muameleye maruz kalacağı yönünde savunulabilir iddiaları bulunduğu takdirde, idari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede "gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı" ayrıntılı bir şekilde araştırılmalıdır. Özellikle savunulabilir iddialarının muhatapsız kalması, doğrudan veya başka bir hakla beraber etkili başvuru hakkını gündeme getirebilmektedir. Örneğin, K.S. kararında AYM, yabancı hakkında tesis edilen sınır dışı işleminin hukuka aykırılığının yargı makamlarınca tespit edilmesinden bağımsız olarak başvuru hakkının sınır dışı edilmesi hâlinde maruz kalacağı kötü muamele iddialarının idare ve yargı makamlarınca hiçbir aşamada "titizlikle" araştırılmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca yabancının idari gözetim altına alındıktan sonra fiilen sınır dışı edilene kadar avukat yardımından etkili bir biçimde yararlandırıldığına yönelik bir olgu başvuru dosyasına yansıtılmamıştır. AYM bu gerekçeleri, kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği kanısına ulaşmak için yeterli görmüştür.<sup>102</sup>

29.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 676 sayılı KHK ile YUKK'da değişiklikler yapılarak ek hükümler konulmuştur. Buna göre sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler için dava açma süresi boyunca ve dava açıldığı takdirde de yargılama süresince, sınır dışı etme işleminin durmayacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede hakkında sınır dışı edilme kararı bulunan Y.T. adlı başvurucu, hakkındaki sınır dışı etme kararının her an icra edilebilir olduğunu, dolayısıyla pratikte idare mahkemesinin etkili bir başvuru yolu olmaktan çıktığını belirterek İdare Mahkemesinde dava açtığı gün tedbir talebiyle birlikte AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Söz konusu başvuru YUKK'da yapılan değişiklikten sonra AYM'ye yapılan ilk başvuru özelliğini taşımaktadır. Bu başvurunun ardından aynı mahiyette binlerce başvuru daha yapılmış ve AYM, yapısal bir sorundan kaynaklanan başvuruları tek tek incelemek yerine başvuruların toplu olarak karara bağlanmasını mümkün kılan bir yargılama usulü olan "pilot karar usulü"nü benimseyerek uygulamaya ışık tutmak üzere ilkelerin ortaya

<sup>101</sup> Eyüp Kaan Demirkıran, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2020, s. 249,68.

<sup>102</sup> AYM, B. No: 2017/29420, K.S. Başvurusu, 3.12.2020.

konduğu tek bir karar verilmesi yoluna gitmiştir.<sup>103</sup> AYM kararında, YUKK'daki hüküm yürürlükteyken idare mahkemelerinin yeniden yargılama yapılması yoluyla ihlalin giderilmesine katkı sunamayacağını not ederek, sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer mahiyette yeni ihlallerin doğmaması için takdir yasama organına ait olmakla birlikte ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği kanaati Mahkemede hâsıl olmuştur. Özetle AYM, ihlalin yapısal sorundan kaynaklanması nedeniyle kararın bir örneğini “yasama organı”na bildirerek “*yasama sürecine dolaylı bir katkı*” sunmuştur.<sup>104</sup>

## SONUÇ

Mültecilerin insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde AYM'ye önemli görev ve yetkiler düşmektedir. AYM bu yetkilerini, soyut ve somut norm denetiminin yanı sıra bireysel başvuru usulü yoluyla da kullanmaktadır. Bu çalışmada, AYM'nin mültecilerle ilgili verdiği bireysel başvuru kararlarında; yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı, etkili başvuru hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ön plana çıktığı görülmüştür.

AYM'nin verdiği söz konusu kararlarda ve bu karara konu değerlendirmelerinde ise, Mahkemenin varlığının ülkemize ne denli ciddi kazanımları olduğu daha iyi anlaşılmıştır. İlk olarak, AYM devletin ihlal veya ihmal boyutuna ulaşan her türlü işlem ve eylemine karşı iç hukuktaki son yargı merci olarak, bir hak ihlali vuku bulmuşsa konu AİHM önünde yargılamaya konu olmadan ulusal organlar önünde çözüme kavuşturmaktadır. Devletin yetki alanı içinde vuku bulan insan hakları ihlallerini farklı bir merciye gerek kalmaksızın hukuk düzeninde düzeltmesi bu anlamda önem arz etmektedir.

Buna ek olarak, AYM tarafından hak ihlali tespitinin önemli başka kazanımları da bulunmaktadır. Bunlar arasında; haksızlığın ve uyuşmazlığın giderilmesi, adaletin tesisi, hak odaklı bir içtihadın benimsenmesi ve geliştirilmesi, Türkiye'de yargıya olan güvenin artırılması, iç hukukta etkili bir hukuk yolunun varlığının bilinmesi ve tanınırlığının artması, AİHM önündeki dava ve ihlal sayısının azalması, buna bağlı olarak ülke prestijinin korunması ve maddi-manevi tazminattan kurtulma, AİHM içtihadı ile uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunun iç hukuka aktarılması, etkili değerlendirme ve resen araştırma konusunda

<sup>103</sup> Gamze Ovacık, “Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2(26), 2020, s. 1047-1062.

<sup>104</sup> AYM, B. No: 2016/22418, Y.T. Başvurusu, 30.5.2019.

ilk derece mahkemelerine yol gösterme, TİHEK gibi hak arama mekanizmalarının karar ve raporlarına atıfta bulunarak hem bu kurumların daha etkin çalışmasını teşvik etme hem de bu kurumların etkililiğinin yargıdaki iş yükünü azaltma veya AYM önünde derdest bir davada karar verilirken karar ve raporlarından istifade ederek daha adil ve eşitlikçi bir tutum sergileme, yasama organına yapılması gereken norm düzenlemeler açısından yol gösterme gibi hususlar sayılabilir. Dolayısıyla bu çalışmada, AYM'nin mültecilerin insan haklarının korunmasında iç hukukta çok önemli bir işlev üstlendiği anlaşılmıştır.

AYM'nin bu gibi kazanımları pratiğe dönüştürebilmesi ve mültecilerin hak ve hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesinde etkin bir rol üstlenebilmesi için, “hak temelli bir yaklaşım” sergilemesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda birey lehine ve hak odaklı yerleşik içtihat geliştirilmesi, AİHM kararlarının iç hukuka yansıtılması ve alınacak ilke kararlarla ilk derece mahkemelerine örnek teşkil edecek bir duruş sergilenmesi, kişinin hak ve ödevleri ile genel hükümler başlığına tekabül eden bölümünde mündemiç hususların hayata geçirilmesi açısından hayati önemi havidir. Bu bağlamda, AYM hukukilik denetimi yaparken hak temelli bir yaklaşımı esas almalıdır. AYM mültecilere dair günümüze kadar verdiği ve bundan sonra vereceği kararlarla birçok kişiyi etkilemeye devam edecektir. Özellikle yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ile ayrımcılık yasağı gibi alanlarda AYM'nin kararlarının çok büyük önem taşıyacağı aşikârdır.

AYM'nin özellikle bireysel başvuru usulünde; devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 5'inci maddesinin yanı sıra “*yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği*” hükmünü havi 16'ncı maddesi ve “*herkesin hiçbir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu*” hükmünü havi 10'uncu maddesinin referans kaynakları arasında olduğu görülmektedir. Bu durum AYM'nin “hakkaniyet temelli” ve “eşitlikçi bir bakış açısı” ile hareket ettiğini ve devlet karşısında birey lehine kararlar vermeye eğilimli olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Hatta bu tutumun, mülteciler konusunda külfet paylaşımına yaklaşmayan ve bu durumu meşru hale getirme yönünde kararlara imza atan diğer ülkelerin Anayasa Mahkemelerine de örnek/rehber olması muhtemeldir.

Bununla birlikte uluslararası hukuk ve ulusal hukukun kendini yenileme ve uyumlaştırma hızının her zaman birbiriyle aynı sürede gerçekleşemediğini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu bağlamda, yukarıdaki hükümlerin yanı sıra AYM'nin Anayasa'nın 90'ıncı maddesini de (usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve

özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınması) göz önünde bulundurarak bireyin hakkını en çok koruyan düzenlemeleri esas alması ve uluslararası güncel gelişmeleri takip etmesi gerekmektedir. Mahkemenin konuya ilişkin olarak vereceği muhtemel kararlarda Anayasa'nın 16'ncı maddesinde yer alan amir hükme uygun olarak uluslararası hukuk normlarını (uluslararası insan hakları ve mülteci hukuku dâhil) referans kabul etmesi ve hak temelli yaklaşıma uygun olarak lehe hükümlerin geniş yorumlanması kanımızca isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında KHK, Karar Sayısı: 676, Kabul Tarihi: 3.10.2016, RG 29.10.2016/29872.
- Abdolkhani and Karimnia v Turkey, App no 30471/08, (ECHR 22 September 2009).
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom, App no 9214/80, (ECHR 28 May 1985).
- Al-Adsani v United Kingdom, App no 35763/97, (ECHR 21 November 2001).
- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Dayandığı Kanun Numarası: 6216, Kabul Tarihi: 12.7.2012, RG 12.7.2012/28351.
- Asalya v Turkey, App no 43875/09, (ECHR 15 April 2014) 50-55.
- Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, *Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 14 December 2005*, 1. Baskı, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi Yayını, 2005.
- Aybay R / Kibar D E, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.
- AYM, 'Norm Denetimi' <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/norm-denetimi>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021, s.1.
- AYM, B. No: 2013/9673, Rıda Boudraa Başvurusu, 21.1.2015.
- AYM, B. No: 2014/13044, K.A. Başvurusu, 11.11.2015.
- AYM, B. No: 2014/15769, B.T. Başvurusu, 30.11.2017.
- AYM, B. No: 2014/19023, Oksana Chicheishvili Başvurusu, 20.12.2017.
- AYM, B. No: 2015/11252, Leyla Dogot Başvurusu, 10.7.2015.
- AYM, B. No: 2015/15273, G. B. ve Diğerleri Başvurusu, 17.9.2015.
- AYM, B. No: 2015/16437, Uthman Deya Ud Deen Eberle Başvurusu, 10.11.2015.
- AYM, B. No: 2015/18582, Azizjon Hikmatov Başvurusu, 15.12.2015.
- AYM, B. No: 2015/19795, Peri Kırık Başvurusu, 9.1.2019.
- AYM, B. No: 2015/3941, A.A. ve A.A. Başvurusu, 1.3.2017.
- AYM, B. No: 2016/22418, Y.T. Başvurusu, 30.5.2019.
- AYM, B. No: 2016/22512, H.S. Başvurusu, 2.11.2016.
- AYM, B. No: 2016/4405, F.R. Başvurusu, 15.2.2017.
- AYM, B. No: 2016/9483, Eiza Kashkoeva Başvurusu, 25.5.2016.
- AYM, B. No: 2017/11905, Sherapat Yagmyrova Başvurusu, 21.7.2020.
- AYM, B. No: 2017/24261, Majid Momtaz Başvurusu, 30.9.2020.
- AYM, B. No: 2017/29420, K.S. Başvurusu, 3.12.2020.
- AYM, B. No: 2018/10055, Aıslu Aldenova Başvurusu, 16/3/2022.
- AYM, E. 2015/36, K. 2015/87, K.T. 08.10.2015, YUKK'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya

- Aykırılık İçermesi Nedeniyle İptali İstemi Başvurusu.
- AYM, E. 2016/29, K. 2016/134, K.T. 14.07.2016, YUKK'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırılık İçermesi Nedeniyle İptali İstemi Başvurusu.
- AYM, E. 2016/37, K. 2016/135, K.T. 14.7.2016, YUKK'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırılık İçermesi Nedeniyle İptali İstemi Başvurusu.
- Birtane Ş / Alkan F / Kozan A / Yıldız F / Yazıcı H / Öncel Ç / Barın T, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetler*, 1. Baskı, AYM Yayınları, 2021.
- BMMYK, 'About Us: Figures at a Glance' (unhcr.org 18 Haziran 2021) <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.
- BMMYK, 'Global forced displacement vastly more widespread in 2019' (unhcr.org 18 Haziran 2020) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2020/6/5eea140f4/global-forced-displacement-vastly-widespread-2019.html>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.
- BMMYK, 'Türkiye'de UNHCR' (unhcr.org 3 Ocak 2021) <<https://www.unhcr.org/tr/turkiyede-unhcr>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.
- Can O, "Dolaylı Etki ve İyi Yönetişim Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 35(1), 2018, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/939038>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 23-44.
- Chahal v United Kingdom, App no 22414/93, (ECHR 15 November 1996).
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [1984] UN 39/46.
- Convention relating to the Status of Refugees [1951] UN V429.
- Cruz Varas and others v Sweden, App no 15576/89, (ECHR 20 March 1991).
- Demirkıran E K, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1171523>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 49-88.
- Doğan İ, *Devletler Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, 2013.
- Doğru O / Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Baskı, Yargıtay Başkanlığı Yayınları, 2012.
- Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, 1. Baskı, Beta Yayınları, 2014.
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınları, 2016.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *İnsan Hakları Odaklı Polis Eğitimi: Polis Eğitimcileri İçin Eğitim Kılavuzu*, Funda Çankaya (Çeviren), 1. Baskı, Polis Akademisi Başkanlığı Yayınları, 2020.
- Freeman M, *İnsan Hakları Disiplinlerarası Bir Yaklaşım*, Erkan Koca / Asena Topçubaşı (Çeviren), 1. Baskı, Birleşik Yayınları, 2008.
- Ganiyeva S, "Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakkı ve Uygulamada Karşılaştıkları Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 139 (1), 2018, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-139-1811>>, Erişim Tarihi 13 Temmuz 2022,

s. 257-285.

Geçici Koruma Yönetmeliği, Dayandığı Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 22.10.2014, RG 22.10.2014/29153.

Giakoumopoulos, C, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33(1), 2016, <<https://www.anayasa.gov.tr/media/4420/3.pdf>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 35-42.

Göç İdaresi Başkanlığı, ‘Genel Gerekçe’ (goc.gov.tr 3 Ocak 2021) <<https://www.goc.gov.tr/genel-gerekce18>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2021.

Göztepe E, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38(1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1851631>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 43-83.

Hirsi and others v. Italy, App no 27765/09, (ECHR 23 February 2012).

İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, *Sınırdışı ve İade Uygulamaları Tematik Bilgi Notu*, 1. Baskı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2013.

Kaplan R / Turan H / Şimşek A, *Bireysel Başvuru Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Seçme Kararlar*, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi Yayını, 2016.

Kara U / Şen İ G / Nalbant A / Karakaş A I, “İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramları ve Tarihsel Gelişimi” Ayşe Işıl Karakaş/ İlker Gökhan Şen (Ed.), *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Anadolu Üniversitesi Yayını, 2015.

Kaya C, “Anayasa Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Mülteci ve Sığınmacıların Sınırdışı Edilmesi”, *Middle East Journal of Refugee Studies*, 6(1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2150958>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 39-62.

KDK Kanunu, Kanun Numarası: 6328, Kabul Tarihi: 14.6.2012, RG 29.6.2012/28338.

Kuçuradi İ. ‘TİHEK Akademi - İnsan Hakları Söyleşileri - Prof. Dr. İoanna Kuçuradi’ (2022), <<https://www.tihék.gov.tr/tihék-akademi-insan-haklari-soylesileri-basladi/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2021.

Kurkaev v Turkey, App no 10424/05, (ECHR 19 October 2010) 35.

Kuşçu D, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(37), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/378939>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 241-284.

Mamatkulov and Askarov v Turkey, App no 46827/99, (ECHR 4 February 2015).

Miller M J / Castles S, *Göçler Çağı: Modern Dünyada Uluslararası Göç Hareketleri*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000.

Mülteci Hakları Merkezi, *Acil Bir İhtiyaç: Türkiye’de İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Alıkonulma Koşullarının Denetimi*, 1. Baskı, Mülteci Hakları Merkezi Yayınları, 2017.

Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde

- Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun Sayısı: 7070, Kabul Tarihi: 1.2.2018, RG 8.3.2018/30354.
- Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [2002] UN 57/199.
- Ovacık G, “Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2(26), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1346312>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 1047-1062.
- Perruchoud R / Redpath J, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, Uluslararası Göç Örgütü Yayınları, 2011.
- Ranste v/Kıbrıs v Russia, App no 25965/04, (ECHR 7 January 2010).
- Sancar M, *Devlet Akli Kısılacında Hukuk Devleti*, 2. Basım, İletişim Yayınları, 2000.
- Soering v United Kingdom, App no 14038/88, (ECHR 7 July 1989).
- Şirin T, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1*, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi Yayını, 2018.
- TAA, *İnsan Haklarını Anlamak İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı*, 3. Baskı, TAA Yayını, 2014.
- Tanör B, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, BDS Yayınları, 1994.
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, *Edirne, Kırklareli ve İstanbul İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu*, 1. Baskı, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Yayınları, 2012.
- TİHEK Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6.4.2016, RG 20.4.2016/29690.
- TİHEK, *İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi 2019 Yılı Raporu*, 1. Baskı, TİHEK Yayınları, 2019.
- TİHK, *İstanbul Geri Gönderme Merkezi Raporu*, 1. Baskı, TİHK Yayınları 2014.
- Töre N, *Uluslararası Göç Hukuku*, 1. Baskı, Turhan Yayınları, 2016.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.
- Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Kabul Tarihi: 14.09.1994, RG 30.11.1994/22127.
- Yazar E, *İnsan Hakları Bağlamında Avrupa'da Yabancı Terörist Savaşçılar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Yazar E, Sığınmacı ve Mültecilerin Hak ve Özgürlüklerinin Güvenlik Kapsamında Değerlendirilmesi, Polis Akademisi Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.
- Yılmazoğlu E C, “Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (5), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155580>>, Erişim Tarihi 15 Haziran 2022, s. 905-928.
- YUKK, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.



